THÈSE DE
CAEN.
1882
N°. 7.

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DROIT ROMAIN

DE LA SOCIÉTÉ

DROIT FRANÇAIS

DE L'ASSOCIATION EN PARTICIPATION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

DANS LA GRANDE SALLE DE LA FACULTÉ DE DROIT

Le Vendredi 30 Juin 1882, à 3 heures du soir

PAR

Louis DUREL

AVOCAT

CAEN
IMPRIMERIE ADMINISTRATIVE DE E. VALIN
5, RUE AU CANU, 5

1882

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DROIT ROMAIN

DE LA SOCIÉTÉ

DROIT FRANÇAIS

DE L'ASSOCIATION EN PARTICIPATION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

DANS LA GRANDE SALLE DE LA FACULTÉ DE DROIT

Le Vendredi 30 Juin 1882, à 3 heures du soir

PAR

Louis DUREL

AVOCAT

CAEN

IMPRIMERIE ADMINISTRATIVE DE E. VALIN

5, RUE AU CANU, 5

1882

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545818_0021

A LA MÉMOIRE DE MON GRAND-PÈRE

A MA FAMILLE

A MES AMIS

SUFFRAGANTS:

MM. CAREL, *Professeur, Président.*
TOUTAIN, *Professeur.*
DANJON, *Professeur.*
LAINÉ-DESHAYES, *Agrégé.*
LE GOST, *Chargé de Cours.*

DROIT ROMAIN

DE LA SOCIÉTÉ

(Dig., lib. XVII, tit. II. — Cod., lib. IV, tit. XXXVII)

DIVISION

Nous étudierons dans cinq chapitres :

1° Les principes généraux du contrat de société ;

2° Les éléments essentiels et les modalités qui peuvent l'affecter ;

3° Les diverses espèces de société ;

4° Les effets de la société ;

5° Comment elle se dissout et quelles sont les suites de sa dissolution.

CHAPITRE PREMIER

PRINCIPES GÉNÉRAUX DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ.

D'abord qu'est-ce que la société? La société est un contrat consensuel par lequel deux ou plusieurs personnes s'engagent à mettre en commun des moyens de production ou d'acquisition, dans le but de poursuivre un avantage licite et réciproque.

A Rome, la société se formait, à l'origine, par la mancipation *per aes et libram*, c'est-à-dire par cette cérémonie symbolique au moyen de laquelle les associés se communiquaient la copropriété de la chose mise en commun.

C'était donc une pure question de fait; une opération mise à exécution par les parties comme l'indiquent les expressions « *in societatem coïre*, » plutôt qu'un contrat proprement dit.

Cette institution a été admise de bonne heure au rang des contrats par le droit civil romain qu l'a rendue obligatoire par le seul consentement des parties. C'est à ce titre qu'elle figure au nombre des contrats consensuels, c'est-à-dire des contrats dont la *causa civilis* consiste dans le consentement.

Ce qui distingue le contrat de société de tous les autres contrats, c'est que les contractants ont tous

le même intérêt ; caractère qui emporte entre eux une sorte de confraternité, « *quoddam jus fraternitatis*, » d'où il résulte que leurs obligations réciproques doivent être appréciées selon la bonne foi, « *ex æquo et bono.* »

Aussi tous les contractants portent-ils le même nom, « *socii*, » et le contrat n'est-il muni que d'une seule action, l'action *pro socio*, ouverte à chacun d'eux.

Enfin, dernier caractère qui n'est que le corollaire de celui dont nous venons de parler, c'est que le contrat de société est formé surtout et toujours « *intuitu personæ ;* » il n'y a d'exception, comme nous le verrons au cours de ce travail, que pour la société *vectigalium*. En conséquence, l'un des associés venant à disparaître, il ne peut être remplacé par un autre et la société doit nécessairement se dissoudre.

On peut donc résumer ainsi les caractères du contrat de société : c'est un contrat consensuel, de bonne foi, à titre onéreux, synallagmatique parfait, enfin commutatif.

CHAPITRE II

DES ÉLÉMENTS ESSENTIELS DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ, ET DES DIVERSES MODALITÉS QUI PEUVENT L'AFFECTER.

D'après notre définition, on voit que trois éléments sont essentiels au contrat de société. Il faut, pour qu'il se forme : le consentement des parties ; que chacune d'elles mette quelque chose en commun ; enfin, qu'elles se proposent de poursuivre un avantage licite, dans l'intérêt commun. Nous étudierons ces trois éléments dans trois sections différentes, et nous verrons, dans une quatrième section, quelles sont les modalités qui peuvent affecter le contrat.

SECTION PREMIÈRE

Du consentement.

Le consentement est la première condition du contrat de société ; mais il peut être donné par les parties contractantes de différentes manières ; c'est ce que dit Modestin dans la loi IV, pr. Dig., *pro socio*: « *Societatem coïre, et re, et verbis, et per nuntium posse nos, dubium non est.* » *Re*, voilà pour le consentement tacite, *verbis* entre personnes présentes, *et per nuntium* ou *epistolas,* entre personnes absentes, voilà pour le consentement exprès.

Toute société peut se former expressément ou tacitement, excepté toutefois la société *universorum bonorum*, qui ne peut se former *re*.

C'est ce que décident fort justement deux textes du Digeste : « *Cum specialiter omnium bonorum societas (coïta sit...)* » (L. VII, Dig., l. III, § 1, *eod. tit.*).

Le principe de la nécessité du consentement une fois posé, voyons dans quelles conditions il doit être donné, quant à son objet et quant aux personnes dont il émane.

Le consentement doit porter sur les trois autres points essentiels du contrat : il faut d'abord qu'il porte sur ce point spécial que l'on veut être en société ; c'est ce qu'implique le texte de la loi XXXI, Dig., *eod. tit.* Il faut que chaque associé sache dès le début de la société quel sera le fonds social et par conséquent quel apport feront ses associés. Il faut enfin, et cela est de toute évidence, que les associés sachent dans quel but ils s'associent ; autrement, ils pourraient avoir chacun un but différent, auquel cas, il n'y aurait pas de société possible.

Si nous considérons maintenant le consentement au point de vue des personnes dont il émane, il faut qu'il réunisse les conditions suivantes : qu'il émane d'une personne capable, qu'il ne soit entaché ni de dol, ni d'erreur, ni de violence.

En principe, toute personne est capable de consentir un contrat de société, et il n'y a même pas ici de distinction à faire entre les personnes libres et les esclaves ; plusieurs textes au Digeste règlent, en effet, les sociétés formées avec des esclaves (L. XVIII, L. XXIII, § 2, L. XXIV, LVIII, § 3) ; les pupilles eux-mêmes et les fils de famille n'en sont pas exclus (L. XXXIII, L. LVIII, § 2, L. LXIII, § 11).

Quand un fils de famille entre dans une société, il est toujours tenu, *jure civili*, de l'action *pro socio ;* et peu importe qu'il y soit entré par ordre du *pater familias* sous la puissance duquel il est placé, ou à son insu. Seulement à l'égard du père il y a une différence entre ces deux cas : lorsque le père de famille a donné son consentement ou son ordre, Justinien nous dit (Inst., Lib. IV, tit. VII, §§ 1, 2) que le Préteur accorde une action solidaire contre lui, et il donne pour motif que celui qui contracte avec le fils entend suivre la foi du père ; dans le second cas le père n'est tenu que de l'action *de in rem verso* ou *de peculio*, s'il a confié un pécule à son fils. Justinien accorde en outre contre le père de famille la *condictio tanquam si principaliter cum ipso negotium gestum sit* (Inst., Liv. IV, tit. VII, §§ 4 et 8).

Tout ce que nous venons de dire au sujet du *filius familias* s'applique à l'esclave qui s'est mis

en société avec un homme libre, et le *dominus servi* est passible des mêmes actions que le *pater familias*.

Quant au pupille, il peut aussi contracter une société : mais sa capacité n'étant pas entière, il a besoin, pour le faire valablement, de l'autorisation de son tuteur : « *Societate sine tutoris auctoritate coïta pupillus non tenetur ; attamen communiter gesto tenetur.* » (L. XXXIII, Dig., *eod. tit.*)

Il ne suffit pas que le consentement soit donné par une personne capable, il faut encore qu'il soit donné librement, c'est-à-dire qu'il soit exempt de dol, d'erreur et de violence.

Le dol est un vice qui affecte le consentement et rend nulle la société *ipso jure*. Paul s'exprime à ce sujet en termes énergiques : « *Societas si dolo malo..... coïta-sit, ipso jure nullius momenti est* ; » la société est, en effet, ajoute-t-il, un contrat de bonne foi par essence.

De même l'erreur portant sur un point essentiel du contrat détruit le concours des volontés et annule la société, ou, pour parler plus exactement, empêche la formation du contrat. (L. LVII, Dig., *de Oblig. et act.*, Lib. XLIV, tit. VII)..... « *Et idem in societate quoque cœunda respondendum est, ut si dissentiant aliud alio existimante, nihil valet ea societas quæ in consensu consistit.* »

SECTION II

De l'apport

Le second élément essentiel du contrat de société consiste dans l'apport, par chacun des associés, de quelque chose d'où ils puissent tirer un avantage commun. La nécessité de l'apport s'impose tellement d'elle-même, qu'il est à peine besoin de la prouver ; elle résulte aussi bien de la raison même que des textes. Le but de la société étant de réaliser des bénéfices, pour les partager ensuite, il est naturel que ceux qui doivent venir au partage aient apporté une valeur quelconque à la caisse sociale ; autrement l'acte de société cacherait une donation, or, un tel contrat est interdit : « *Donationis causa societas recte non contrahitur.* (L. V, § 2, *Pro soc.*)

Nous n'avons pas à examiner ici quel serait le sort d'une donation ainsi faite ; il nous suffit de constater que sans apport, il n'y a pas de société possible. D'ailleurs, Labéon déclare que si un mineur est entré dans une société *donationis causa*, il n'a pas besoin de demander au prêteur le secours de la *restitutio in integrum*, qu'il est assez garanti par le droit commun ; et pourquoi? parce que la société est nulle: *nullam esse societatem.* (L. I, § 1, Dig. *de min.*, L. IV, t. IV.)

Ce principe posé, voyons quel peut être l'objet de l'apport, et comment il doit être fait.

L'apport peut consister en valeur quelconque, argent, travail, industrie. *Societatem uno pecuniam conferente alio operam, posse contrahi, magis obtinuit.* (L I , C. *pro soc.*; L. VI, Dig., *h. t.*)

Papinien (L. LII, § 7, *eod. tit.*) cite un exemple de l'industrie considérée comme apport dans la société : Une société était intervenue entre Flavius Victor et Velleius Asianus, dans le but d'acheter avec les deniers de Victor un terrain sur lequel Asianus s'engageait à construire un édifice. Après la vente du bâtiment, Victor reprendrait son apport avec une partie déterminée des bénéfices, abandonnant le surplus à Asianus qui mettait en commun son industrie.

Nous voyons encore dans la loi LXXX (Dig., *h. t.*) qu'un associé peut apporter son crédit à l'actif social, et le faire entrer en ligne de compte pour la fixation des parts.

On peut même apporter à la masse commune des choses futures, telles que une hérédité ; mais quelle hérédité ? Le texte se sert du mot « *justa hereditas*, » et le jurisconsulte se demande s'il s'agit d'une hérédité légitime ou d'une hérédité testamentaire ; à quoi il répond : *Et probabilius est ad legitimam hereditatem tantum hoc pertinere.* (L. III, § 2, *Pro. soc.*)

Enfin, il faut encore aller plus loin et dire avec le jurisconsulte Celse qu'on peut mettre en commun, non plus seulement la valeur intrinsèque

d'un objet, mais encore la plus-value qu'il retire de sa réunion avec d'autres objets de même nature. La loi LVIII, pr. Dig., *h. t.* nous en fournit un curieux exemple : Vous avez trois chevaux et moi j'en ai un ; nous concluons une société en vertu de laquelle je vous donne mon cheval pour former un quadrige que vous êtes chargé de vendre, pour après me donner le quart du prix que vous en aurez retiré. Si donc mon cheval vient à périr après la mise en commun, mais avant la vente, sommes-nous encore en société, et pourrai-je mettre en jeu l'action *pro socio* pour obtenir sur le prix de vos chevaux la part convenue ? Celse répond négativement et voici la raison qu'il en donne ; « *non enim habendæ quadrigæ sed vendendæ coïtam societatem.* » Nous n'avions pas, en effet, l'intention d'avoir en notre possession un quadrige pour nous en servir, mais bien de vendre un quadrige. C'est qu'alors l'apport ne consistait pas dans la mise en commun des chevaux, mais bien dans la mise en commun de la valeur exceptionnelle que chaque cheval retirait de sa réunion avec les trois autres pour former un quadrige au moment même de la vente ; chacun des coassociés conservant d'ailleurs la propriété et la jouissance de ses chevaux. Or « *res perit domino* ; » le cheval étant mort avant la vente, c'est au propriétaire à en subir la perte.

Il en serait tout autrement, ajoute Celse (même

loi), si nous avions voulu former un quadrige pour nous en servir en commun, de manière que votre part fût trois fois plus forte que la mienne ; sans aucun doute la société subsisterait malgré la perte d'un des chevaux.

Nous pouvons résumer tout ce qui précède en disant que toute chose susceptible d'évaluation pécuniaire peut être l'objet d'un apport.

Du reste les apports peuvent être inégaux ; c'est ce qui résulte de l'exemple que nous avons rapporté plus haut ; c'est ce qui résulte encore de plusieurs autres textes : ainsi Ulpien suppose (L. V, § 1, Dig., *h. t.*) une société formée entre personnes « *quæ non sunt æquis facultatibus.* » Pomponius n'est pas moins explicite : « *et conveniens est..... ut non utique ex æquis partibus socii simus, veluti si alter, plus operæ, industriæ, pecuniæ in societate collaturus-sit.* »

Nous avons vu la nécessité d'un apport, nous savons également en quoi il peut consister ; il nous reste maintenant à rechercher comment se fait cet apport, ou, en d'autres termes, quel droit la société acquiert sur les apports des associés. Pour cela nous avons à distinguer quatre hypothèses.

Première hypothèse. — L'apport consiste dans la translation de la copropriété d'un corps cer-

tain [1]. La translation de copropriété d'un corps certain est soumise à des règles différentes, suivant qu'il s'agit de *res mancipi* ou de *res nec mancipi*; dans le premier cas la translation se fait par tradition ; dans le second par la « *mancipatio* » ou l' « *in jure cessio.* » A partir de ce moment, la chose fait partie du fonds commun, et si elle vient à périr, la perte est supportée par tous les associés.

C'est ce qui arrive toutes les fois que la société est pure et simple ; lorsqu'au contraire la société est conditionnelle, si l'objet a péri avant l'accomplissement de la condition, pas d'apport possible, et par conséquent l'obligation de celui qui devait mettre la chose en commun ne naît pas faute d'objet et celle des autres coassociés ne naît pas faute de cause. La loi LVIII, Dig., *pro. soc.*, citée plus haut, nous fournit un exemple de la société conditionnelle ; la condition, c'est la vente du quadrige ; l'un des chevaux venant à mourir avant l'accomplissement de la condition, son propriétaire n'a pas le bénéfice de l'action *pro socio.*

Deuxième hypothèse. — L'apport peut encore consister dans la constitution d'un droit d'usufruit

1. N. B. Nous disons la copropriété, « *quia nemo societatem contrahendo rei suæ dominus esse desinit* (L XIII, § 1, Dig., *Præscrip. verb.*, Lib. XIX, t. V.) L'associé doit, en effet, retenir une partie de la propriété de la chose qu'il met en commun; autrement, il y aurait non pas société, mais vente, puisqu'il donnerait sa chose en échange d'un certain avantage.

sur un corps certain; l'associé conserve alors la nue propriété de la chose. Si elle vient à périr, les risques sont encore à la charge de la société; l'associé nu propriétaire fait une perte, il est vrai, mais en tant que nu propriétaire seulement; comme associé, il conserve son droit aux bénéfices.

Troisième hypothèse. — Dans les deux hypothèses précédentes, nous avons appliqué les principes de la vente; dans la troisième, nous verrons les principes du contrat de louage. L'associé s'engage simplement à faire jouir la société d'un corps certain, conservant pour lui la pleine propriété de sa chose.

Cette situation exige de sa part un fait actif permanent, celui de procurer par lui-même la jouissance. On voit dès lors la conséquence de la perte de la chose, elle est tout entière à ses risques et périls; il est délié de ses obligations envers ses associés, mais par contre, ceux-ci ne lui doivent plus aucun compte des bénéfices. (L. XXXIII, Dig., *loc. conduc.*, lib. XIX, tit. II.)

Quatrième hypothèse. Enfin l'apport consiste en un droit de quasi usufruit sur des choses *quæ pondere, numero, mensura ve constant.* Rappelons brièvement les principes en matière de quasi usufruit.

La propriété des choses comptées, mesurées ou pesées, est tranférée au quasi usufruitier, mais à charge par lui d'en rendre de même valeur, nature et bonté. Q'arrive-t-il alors, lorsque l'associé a constitué un droit de quasi usufruit ? Il a le droit de prélever avant le partage des choses de même valeur et nature que celles qu'il a mises en commun[1]. Si elles viennent à périr après que l'apport en a été réalisé, les risques sont au compte de la société.

SECTION III

Du but de la société

Pour terminer l'explication et le développement de notre définition de la société, nous avons encore à étudier le but de ce contrat. Le but du contrat de société doit remplir les trois conditions suivantes :

Les associés doivent se proposer de poursuivre un avantage licite, appréciable en argent, et dans l'intérêt commun.

Un grand nombre de textes au Digeste proclament la nullité d'une société formée dans un but illicite : «... *nec societas nec mandatum flagitiosæ rei, ullas vires habet.* (L. XXXV, § 2, *de contr. emp.*, lib. XVIII, tit I ; » et ailleurs : « *cæterum si*

1. Nous reviendrons d'ailleurs avec plus de détails sur la question difficile des prélèvements au chapitre du partage.

maleficii societas coïta-sit, constat nullam esse societatem. Generaliter enim traditur rerum inhonestarum nullam esse societatem. » (L. LVII, *pro soc.*—L. LII, § *pen.*, L. LIII, LIV, Dig., *pro soc.* — L. LXXX, *in fine de fidejus*, lib. XLVI, tit. I.)

Mais supposons qu'une société de ce genre ait été conclue ; sera-t-elle dépourvue de tout effet juridique? Aucune action n'est donnée aux parties les unes contre les autres pour réaliser leur apport. Mais l'apport a été réalisé et il en est résulté un bénéfice qui a été versé dans la caisse commune, par quel moyen pourra-t-on arriver au partage, car la loi III, pr. au Digeste, *de colleg. et corp.* (lib. XLVII, tit. XXII) leur reconnaît ce droit. « *Sed permittitur eis (collegiis) cum dissolvuntur, pecunias communes si quas habent, dividere, pecuniamque inter se partiri.* » Encore L. LIII, Dig., *pro soc.* De société il n'y en a point; les associés ne peuvent donc avoir, pour obtenir le partage de la chose commune, l'action qui naît du contrat de société ; ils ne peuvent même pas mettre en jeu la *condictio ob turpem causam*, puisque tous ont commis la même faute ; ils auront l'action *communi dividundo*.

Donc aucune difficulté lorsque la société a eu pour but dès l'origine des opérations illicites ; mais *quid* lorsque, au contraire, une société étant formée dans un but licite dès son principe, l'un des associés s'est, pendant sa durée, livré à une ou plusieurs

opérations illicites ou rendu coupable d'un délit? Ceux qui n'y ont point pris part ne peuvent intenter l'action *pro socio* pour obtenir leur part du bénéfice qui en est résulté; mais s'il a été versé dans la caisse sociale, il ne peut être répété; « *nemo auditur propriam turpitudinem allegans.* » (L. III, Dig. *pro soc*); et il sera partagé, comme nous l'avons dit, au moyen de l'action *communi dividundo*.

Seulement l'associé participant au gain devra supporter une part correspondante des pertes : « *æquum est enim ut cujus participavit lucrum, participet et damnum.* » (L. LV, Dig., *eod tit.*). Seulement de deux choses l'une : ou l'associé non coupable est de bonne foi, ou il est de mauvaise foi; s'il est de bonne foi, et qu'il n'ait pas connu l'origine vicieuse du gain, il ne sera tenu que *in quantum facere potest*, c'est-à-dire jusqu'à concurrence de ce qu'il a reçu; si au contraire il est de mauvaise foi, s'il a connu le délit ou l'opération illicite qui a été la source du bénéfice, il devra en outre supporter sa part de la peine. (L. LV, *h. t l.*)

Le but de la société est parfaitement licite; il faut encore qu'il soit susceptible d'estimation à prix d'argent; mais ce peut être toute autre chose que de l'argent monnayé, cela résulte de la loi LII, §§ 12 et 13, à notre titre au Digeste : « des dépenses ont été faites pour la réparation d'un cours d'eau

commun, celui qui les a déboursées aura l'action *pro socio* pour se faire indemniser ; de même, deux voisins sont convenus de mettre en commun chacun un demi-pied de terrain pour construire un mur de séparation « *ad onera utriusque sustinenda*, » l'un d'eux veut-il empêcher l'autre d'y appuyer une poutre, celui-ci pourra intenter l'action *pro socio*, etc.....

Enfin il faut un avantage commun à tous les contractants. La société léonine est celle qui attribue tous les bénéfices à l'un des associés, tandis que l'autre supportera toutes les pertes sans recevoir aucune portion des bénéfices ; une telle convention est flétrie en termes énergiques par Ulpien : » *iniquissimum enim genus societatis est, ex qua quis damnum non etiam lucrum spectet.* » (L. XXIX, § 2, Dig., *h. t.*)

Remarquons qu'il n'est pas nécessaire que les associés aient une part égale dans les bénéfices ; il faut, mais il suffit, qu'ils aient une part sérieuse. Il peut même arriver que cette part soit soumise à une condition : par exemple, à la condition que le prix de vente dépassera un chiffre déterminé. Si le chiffre est dépassé, l'exécution du contrat sera poursuivie par l'action *pro socio ;* si, au contraire, le prix reste inférieur, elle le sera par l'action *præscriptis verbis.* (L. XLIV, LII Dig., *h. t.*)

Il ne faut pas perdre de vue ce principe que,

pour qu'il y ait société, il ne suffit pas que les parties poursuivent un but quelconque, mais bien un but, un avantage commun. (L. XXXV, § 1, Dig., *loc. cond. lib.* XIX, t. II. — Inst. Just., § 2, de *loc. cond. lib.* III, tit. XXIV.)

Mais il y aura quelquefois des circonstances où il sera difficile de reconnaître la communauté d'intérêts; comment alors arriver à une solution? Il faudra résoudre la difficulté d'après l'intention des parties (L. LII pr., Dig. *pro. soc.*); c'est d'elles, en effet, que doit émaner le consentement *exprès ou tacite*.

SECTION IV

Modalités qui peuvent affecter le contrat de Société.

La loi première au Digeste, *pro socio*, nous indique les différentes modalités dont est susceptible le contrat de société. Voici comment s'exprime le jurisconsulte Paul: « *societas coïri potest vel in perpetuum, id est dum vivunt, vel ad tempus, vel ex tempore, vel sub conditione.* »

Le texte ne dit pas « *vel in æternum,* » parce qu'il n'y a pas de société éternelle; la loi LXX, Dig., *pro socio*, l'interdit formellement: « *nulla societatis in æternum coïtio est.* » De même, la loi XIV, § 2, Dig., *comm. divid.* La raison en est bien simple: c'est qu'une telle société serait trop contraire à l'*intuitus personæ*. Que l'un des associés vienne à

disparaître, pourrait-on forcer les autres associés à continuer des opérations qu'ils n'auraient peut-être jamais entreprises sans l'associé défunt? Et qu'on ne dise pas qu'il pourra être remplacé par son héritier : car ici la règle *hæres sustinet personam defuncti* est en défaut (L. LII, §§ 9, 35, 59 pr. Dig. *h. t.*). La loi LXV, § 1, Dig., *h. t.*, nous en donne cette raison toute naturelle, savoir: que personne ne peut être contraint à recevoir malgré lui un associé qu'il n'a pas voulu. Il n'y a d'exception au principe de la non éternité des sociétés que pour la société *vectigalium* : « *In societate vectigalium, nihilominus manet societas et post mortem alicujus* » (L. LIX, pr., Dig., *h. t.*)

Si les associés peuvent convenir qu'ils resteront en société pendant que tous vivront, ils peuvent également convenir soit expressément, soit tacitement, qu'ils n'y seront que jusqu'à une époque déterminée ; mais il faut qu'ils le disent ou que cela résulte implicitement de l'affaire pour laquelle ils se sont réunis. Ainsi, il n'y aura pas de doute possible pour la société *unius rei*, car il est certain que l'opération une fois terminée, la société n'aura plus de raison d'être. Autrement, si l'acte d'association est muet sur la durée de la société, et que l'on ne puisse pas induire des circonstances que les parties ont entendu s'associer pour un temps, la société sera *in perpetuum*. Bien entendu la re-

nonciation de l'un des associés, basée sur une *justa causa*, peut hâter la dissolution de la société.

Que la société puisse être formée *sub conditione*, cela ne semblait devoir faire aucune difficulté ; le jurisconsulte Paul est, du reste, très affirmatif à cet égard : « *Societas coïri potest.... sub conditione* » (L. I, Dig., *pro soc.*). Et pourtant, il n'est peut-être pas de question qui ait soulevé plus de doutes et engendré plus de controverses parmi les jurisconsultes : Justinien les constate tout en admettant cette modalité (L. VI, *C. pro socio*). D'où viennent ces controverses? Ce n'est pas du caractère actuel de la *mancipatio*, puisqu'elle n'admettait pas plus le terme que la condition, et que de tout temps on a reconnu la validité de la société à terme.

D'ailleurs, si telle en était la cause, elle n'existerait pas pour les *res nec mancipi*, dont la tradition admettait parfaitement cette modalité. Il faut plutôt aller la chercher dans les difficultés inextricables qui pouvaient résulter de l'adjonction d'une condition qui, dans la société *totorum bonorum* surtout, tient en suspens, tant qu'elle n'est pas accomplie, la question de savoir si le résultat de telles opérations sera personnel à l'une des parties ou commun à tous les associés.

Dans le dernier état du droit, il n'y a plus de doute possible, la société peut être soumise à une condition *ex quâ* ou *ad quam*.

CHAPITRE III

DES DIVERSES ESPÈCES DE SOCIÉTÉS.

On peut considérer les sociétés à deux points de vue différents d'où découlent deux classifications différentes : elles peuvent être distinguées d'après leur nature et d'après leur objet.

D'après leur nature, les unes constituent de véritables personnes juridiques, les autres des réunions de personnes purement et simplement copropriétaires du fonds commun. Nous étudierons les sociétés considérées sous ce rapport, lorsque nous en serons aux effets de la société.

D'après leur objet, et c'est à ce point de vue que nous nous rattachons dans ce chapitre, elles peuvent être réparties comme il suit :

1° La société *totorum bonorum* ;

2° La société *universorum quæ ex quæstu veniunt*;

3° La société *unius rei*;

4° La société *alicujus negociationis ;*

5° La société *vectigalium.*

Gaïus (Inst., comm. III, § 148) et Justinien (Inst. L. III, t. XXV) n'énumèrent que la société *totorum bonorum* et la société *unius alicujus negotii* ; Ulpien (L. V et VII., Dig., *pro. soc.*) complète cette énumération.

SECTION PREMIÈRE

De la Société « totorum bonorum. »

Nous n'avons pas à revenir sur les principes généraux que nous avons déjà exposés ; nous savons, en effet, qu'il faut le consentement des parties ; qu'elles doivent avoir un patrimoine ; que ces patrimoines ne doivent pas être rigoureusement égaux.

Mais il est une règle spéciale à la société *totorum bonorum* qu'il est nécessaire de signaler avant de l'étudier à fonds.

Dès l'instant que le concours des volontés existe dans les conditions requises, et *ipso facto*, chaque associé communique sans aucune tradition spéciale la copropriété de tous ses biens à ses coassociés. « *In societate omnium bonorum, omnes res quæ coentium sunt continuo communicantur.* (L. I, § 1, *h. t.*) C'est une dérogation considérable à la règle. « *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.* » (L. XX, C. *de pact.* L. II, t. III.) Et quel est le motif d'une semblable dérogation? C'est, ajoute Gaïus, « *quia licet specialiter traditio non intervenerit, tacita tamen creditur intervenire.* » (L. II, Dig. *pro soc*). La translation de propriété se fait par une tradition tacite; en d'autres termes, c'est un

constitut possessoire tacite. La société est, en effet, un contrat de bonne foi par excellence ; or, si on avait exigé une tradition expresse, on aurait donné prise à la fraude, car il eût été facile d'omettre certains biens soit par dol, soit par négligence. Cette omission aurait eu pour résultat nécessaire de conserver à l'associé la pleine propriété du bien non transmis au préjudice de ses coassociés. Voilà pourquoi on sous-entend ici la clause de constitut possessoire; de sorte que tout se passe comme si la propriété était transmise par la convention.

Nous avons maintenant à examiner de quoi se composent l'actif et le passif de la société *totorum bonorum*.

L'actif comprend tout le patrimoine présent et futur des associés : En conséquence ils sont obligés de mettre en commun non-seulement tout ce qu'ils possèdent actuellement, mais encore tout ce qui peut leur advenir par donation, succession, legs, ou de toute autre manière (L. III, § 1, Dig., *pro soc.*).

Il n'y a d'exception que pour tout ce qui provient d'un délit (L. XXV, § 17, *h. t.*). Tout ce qu'ils obtiennent par l'action *injuriarum* ou *l'actio legis Aquiliæ* doit être mis à la masse commune (L. XXV, § 16, Dig., *h. t.*),

Il en est de même de la dot que l'associé reçoit en se mariant : elle tombe dans l'actif de la société

cum omni causa ; d'où les conséquences suivantes : c'est la société qui supporte les charges du ménage. Si la société se dissout *manente matrimonio,* le mari prélève le montant de la dot parce que les charges du ménage retombent sur lui (L. LXV, § 6, *cod. tit*). Mais le mariage est dissout *durante societate;* il faut distinguer : ou le mari n'est pas tenu de restituer la dot, alors il ne pourra la prélever et elle sera distribuée entre les associés ; ou il est tenu de la restituer, et alors, « *eadem die recipienda est dos qua et solvi debet.* » (L. LXV, § 16, *in fine h. t.*).

Ces mots « *eadem die* » ne s'appliquent évidemment qu'aux corps certains, parce qu'eux seuls peuvent être réclamés sans délai ; il en est autrement des « *quantitates* » dont la restitution ne peut être exigée que *annua*, *bima*, *trima die*. Telle était du moins l'état de la législation avant Justinien. Après Justinien les immeubles seuls peuvent être exigés immédiatement ; quant aux meubles, ils ne peuvent l'être qu'au bout de l'année.

Quid des créances ? Il est certain que les créances, elles aussi, doivent entrer dans la masse commune ; mais comment y entrent-elles ? Nous savons, en effet, que chez les Romains on n'admettait pas les cessions de créances ; or, ce que l'on ne peut faire directement, à plus forte raison ne peut-on le

faire indirectement ; par conséquent, le constitut possessoire leur était inapplicable. Voici comment la loi III, pr. Dig., tourne la difficulté : « *Ea vero quæ in nominibus erunt, manent in suo statu, sed actiones invicem præstare debent.* » Et par quel moyen l'associé pourra-t-il forcer son coassocié à lui *præstare actiones ?* Il mettra en jeu l'action *pro socio*, par laquelle il le contraindra à le constituer *procurator in rem suam.*

En regard de l'actif, il y a le passif qui comprend toutes les dettes tant présentes que futures des associés, en vertu du principe « *bona non sunt nisi deducto ære alieno.* » La société doit encore subvenir à tous les besoins des associés dans la mesure de leur rang et de leur fortune, à l'entretien de leur famille, de leur femme et de leurs enfants, s'ils sont mariés et pères de famille.

Enfin , il faut dire encore que la société est obligée de doter les filles des associés. C'est ici le lieu de parler de la clause « *ut de communi dos constituatur*, » qui peut être ajoutée à un contrat de société, et qui est toujours sous-entendue dans la société *omnium bonorum.* Papinien en indique le fonctionnement et les effets dans la loi LXXXI, Dig., *h. t.* Et que l'on ne dise pas que personne ne peut faire de libéralités que sur ses propres biens, car à Rome la constitution de dot n'est pas une libéralité ; c'est pour le père l'exécution d'une obliga-

tion et pour la fille l'exercice d'un droit qu'elle peut réclamer devant les consuls et les présidents de province (L. XIX, Dig.. *de ritu nupt.*, lib. XXIII, tit. II) ; la loi va même jusqu'à considérer comme un refus la négligence du père à rechercher un parti pour sa fille.

SECTION II

De la Société « universorum quæ ex quæstu veniant. »

La société *quæstum* comprend tous les revenus des associés, tous les gains qu'ils peuvent faire d'une manière quelconque, pourvu qu'ils soient licites. C'est une société universelle d'acquêts. « *Quæstus enim intelligitur qui ex opera cujusque descendit.* » Tels sont, par exemple, les achats, ventes, louages et autres actes (L. VII *in fine*, Dig., *h. t.*) Ainsi sont exclus de l'actif de cette société, tous les biens présents des associés, et tous les biens échus ou futurs tels que : hérédités, legs, donations (L. LXXI, § 1 ; L. IX à XI, *eod. tit.*)

C'est la société du droit commun, c'est-à-dire que c'est elle qui est toujours censée contractée lorsque les parties n'ont rien dit : « *Coïri societatem et simpliciter licet ; et si non fuerit distinctum, videtur coïta esse universorum quæ ex quæstu veniunt....* » (L. VII, Dig., *h. t.*)

Le passif de la société *quæstum* se compose de

toutes les charges corrélatives aux opérations d'où résultent les gains communs (L. XII, Dig., *h. t.*) Il comprend encore les frais d'entretien des associés et de leurs familles.

SECTION III

De la Société « unius rei. »

La société *unius rei* et la société *alicujus negociationis* sont d'un usage très fréquent; leur simplicité et leurs avantages en sont la cause. Elles laissent, en effet, aux associés la propriété et la jouissance de la plus grande partie de leurs biens.

Dans la société *unius rei*, les parties s'engagent à mettre en commun un ou plusieurs objets, dans le but d'en retirer un avantage. Tous les autres biens sont exclus de l'association.

Réciproquement, le passif ne comprend d'autres charges que celles qui résultent de l'exploitation de la chose mise en commun. Les lois LII, § 6, et LVIII, *prim. h. t.*, nous fournissent des exemples de société *unius rei*.

SECTION IV

De la Société « alicujus négociationis. »

Cette société a pour objet une ou plusieurs opérations déterminées : « *veluti mancipiorum emendorum aut vendendorum* » (G. C. III, § 148) « *aut olei, vini, frumenti emendi vendendi que.* » (Just. Inst.

pr. lib. III, tit. XXV). La loi LII, § 1, *pro soc.*, cite encore comme exemple le commerce de banque.

L'actif et le passif ne se composent évidemment que des gains et des pertes qui résultent desdites opérations. La loi LII, § 4, *pro soc.*, prévoit le cas où l'un des associés faisant un voyage pour le compte de la société, a été dépouillé par des voleurs ; elle décide qu'il aura *l'actio pro socio* pour se faire indemniser du dommage qui lui a été causé et de la perte des objets qu'il avait emportés avec lui dans le but spécial du voyage ; mais il n'aurait droit à aucune indemnité pour les objets qu'il aurait emportés sans nécessité ou dans un autre but que celui de la société.

SECTION V.

De la « Société Vectigalium. »

C'était la société dominante à Rome ; elle tirait sa faveur de la nécessité des impôts romains, qui se percevaient au moyen de la ferme : on adjugeait pour un temps plus ou moins long les revenus d'une province moyennant une redevance déterminée. Or il fallait une société dans laquelle entraient des chevaliers qui avaient des fortunes colossales. Le caractère distinctif qui la sépare des autres sociétés, et spécialement de la société *alicujus négociationis* dont elle se rapproche le plus, est que la vectigale constitue une personne morale (L. I, pr. Dig. *quod cujus*, lib. III, tit. IV).

CHAPITRE IV

DES EFFETS DE LA SOCIÉTÉ.

La société est-elle une personne morale? A-t-elle une existence propre et distincte de celle de ses membres? Telle est la question fort importante que nous examinerons dans une première section.

Nous verrons successivement dans les sections suivantes :

Quels sont les effets de la société entre les associés; quels sont les effets de la société à l'égard des tiers; quels sont les effets de la société lorsqu'il y a un croupier.

SECTION PREMIÈRE

La Société constitue-t-elle une personne morale?

L'intérêt de la question est considérable, car les effets produits sont bien différents suivant que la société est personne morale ou ne l'est pas.

Une société est dite personne morale, lorsqu'elle a un patrimoine distinct de celui des associés.

Les créanciers sociaux ont alors sur ce patrimoine un privilége à l'encontre des créanciers des associés.

L'associé peut acquérir, au profit de son fonds, une servitude sur un bien de la société.

Dans le premier état du droit, les personnes morales ne pouvant avoir l'*animus possidendi* se trouvaient dans l'impossibilité d'acquérir d'une manière quelconque. Il y avait cependant une exception : « *Sed Nerva filius ait, per servum quæ peculiariter acquisierint (municipes) et possidere et usucapere posse.* » (L. I, § 22, *de acquir. vel amitt. poss.*, lib. XLI, tit. II). Encore ce point faisait-il controverse : « *sed quidam contra putant,* » ajoute la même loi, « *quoniam ipsos servos non possideant.* »

Depuis Justinien une personne morale peut usucaper non-seulement *per servum*, mais même par l'intermédiaire d'une personne libre. « *Sed hoc jure utimur ut et possidere et usucapere municipes possint: id que eis et per servum et per liberam personam adquiratur.* » (L. II, *de acquir. vel amit. poss.*).

Dans les sociétés personnes morales, la compensation est impossible entre la dette du patrimoine social et la créance particulière de chaque associé sur le créancier de la société ; le fonds social devra donc payer sa dette au créancier, qui devra lui-même s'acquitter envers les associés ses créanciers.

Primitivement les *corpora* ne pouvaient être institués héritiers et cette incapacité subsistait même dans le dernier état du droit ; ce ne fut qu'avec le droit prétorien, moins rigoureux que le droit civil, que l'on admit tous les *corpora* sans distinction au

bénéfice de la *bonorum possessio*. « *A municipibus et societatibus et decuriis et corporibus bonorum possessio adgnosci potest.* » (L. III, § 4, *de bon. poss.* lib. XXXVII, tit. I.)

Sous Marc-Aurèle, un sénatus-consulte autorisa les libéralités à titre particulier au profit des *corpora;* mais on faisait alors une distinction entre les sociétés autorisées et les sociétés non autorisées..... *Nulla dubitatio est, quod si corpori, cui licet, legatum sit, debeatur ; cui autem non licet si legatur, non valebit.....;* » les premières seules pouvaient en profiter (L. XX, Dig. *de rebus. dub.* L. XXXIV, t. V).

Si au contraire nous sommes en présence d'une société non personne morale, ce sont les effets opposés qui se produisent : le fonds social n'étant pas distinct de celui des associés, leurs créanciers viennent en concours avec les créanciers de la société sur le fonds commun.

Les associés pouvant avoir *l'animus possidendi*, rien ne les empêche d'acquérir la possession.

La compensation est possible entre la créance de la société et la dette dont est tenu l'associé envers le débiteur de la société.

Les associés peuvent être institués héritiers, légataires, héritiers fidéicommissaires à condition que l'hérédité, le legs, le fidéicommis tomberont dans la masse commune s'il s'agit de l'une des sociétés générales.

La question, comme on le voit d'après ce qui précède, mérite d'être étudiée en raison de son importance.

Eh bien ! donc, y a-t-il des sociétés personnes morales, et quelles sont-elles ?

M. Troplong, s'appuyant sur la loi XXII, *de fideju.* lib. XLVI, t. I, soutient que toutes les sociétés sont des personnes morales. C'est à notre avis attacher une importance excessive à un texte qui ne traite qu'indirectement la question alors qu'elle est tranchée d'une manière péremptoire par des textes beaucoup plus explicites.

En effet, Gaïus (L. I, pr. Dig., *quod cujuscumque...* lib. III, tit. IV) pose en principe qu'il n'est pas permis au premier venu de créer une personne morale. C'est une faculté réservée au pouvoir législatif et au prince ; et encore n'en usent-ils qu'à titre exceptionnel : « *paucis amodum causis concessa sunt hujus modi corpora.* » Et le même jurisconsulte indique aussitôt ces cas particuliers où par une faveur spéciale le caractère de personne morale est concédé : « *ut ecce vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere : vel aurifodinarum, vel argentifodinarum, vel salinarum.* » Ainsi, en dehors de ces quatre espèces de sociétés privilégiées, il ne faut voir que des sociétés dont les membres sont tous copropriétaires du fonds commun.

D'après Gaïus le caractère de personne morale

n'est donc pas la règle générale, mais l'exception. La loi XIII, § 1, Dig., *de prescr. verb.*, lib. XIV, t. V, vient encore corroborer notre opinion par un argument décisif. Voici en quels termes s'exprime Ulpien : « *Nemo societatem contrahendo rei suæ dominus esse desinit.* » Or, cette rétention de la propriété de la chose mise en commun serait incompatible avec le caractère de personne morale ; car alors, dans tous les cas, la société devrait au contraire, si toute société constituait une personne morale, devenir propriétaire de l'apport et dépouiller l'associé par le seul fait de la réalisation de cet apport. (L. VI, § 1, Dig., *de divi. rer.* lib. I, tit. VIII).

En vain dirait-on que les lois III, § 4, Dig., *de bon. poss.* lib. XXXVII, tit. I, et XXXI, § 1, *de furt.* lib. XLVII, tit. II, mettent les sociétés et les autres *corpora* sur la même ligne, cette assimilation ne s'applique précisément qu'aux sociétés qui sont des *corpora*, conformément au texte de Gaïus.

En vain M. Troplong s'emparant de la loi LXV, § 14, Dig., *pro. soc.*, en conclut-il que la société est toujours un *corpus* ; nous lui répondrons encore que la décision du jurisconsulte cadre parfaitement avec notre solution : Paul applique simplement au cas spécial qu'il prévoit les règles du mandat ; un associé a été chargé de l'administration des affaires communes ; comme mandataire, il est chargé de l'actif social, il est donc naturel que celui qui a

une réclamation à faire s'adresse à celui qui a été chargé par ses coassociés de recevoir et de payer pour eux.

Il reste donc acquis que ce n'est qu'à titre tout à fait exceptionnel et par une faveur de la loi ou du prince, que les sociétés sont revêtues du caractère de personnalités jurdiques.

SECTION II

Rapports des associés entre eux.

La société présente à l'examen un caractère complexe qu'il importe d'analyser et de bien dégager.

Elle est en effet doublée nécessairement du contrat de mandat, car elle contient une autorisation tacite entre les coassociés de gérer tous les biens et les intérêts mis en commun. Il y a même des cas où un mandat tacite ne suffit pas ; c'est lorsqu'il s'agit, par exemple, de sortir des bornes de l'administration ordinaire ou de confier la gestion aux mains d'un seul ou de plusieurs des associés; l'influence des principes romains sur le mandat est ici manifeste, et il faut en distinguer avec soin les conséquences dans les rapports des associés soit entre eux, soit à l'égard des tiers.

Pour bien saisir la nature des rapports des associés entre eux, rappelons-nous d'abord les principes que nous avons exposés déjà : la société,

avons-nous dit, est un contrat de bonne foi; elle repose entièrement sur la confiance réciproque des personnes qui y entrent. Il existe entre elles une sorte de confraternité qui fait dire que c'est aussi bien pour resserrer les liens d'affection qui les unissent déjà que dans un intérêt purement pécuniaire. C'est là le point de départ, la source de leurs droits et de leurs obligations.

§ 1

DROITS DES ASSOCIÉS

Chaque associé conserve la copropriété de la chose commune, tel est le droit commun ; il n'y a d'exception, avons-nous dit, que pour les sociétés constituant des personnes juridiques. Il peut donc disposer de sa part comme bon lui semble, l'aliéner à titre gratuit ou onéreux ; mais rien que sa part. « *Nemo ex sociis plus parte sua potest alienare* » (L. LXVIII, Dig., *pro soc.*)

Il y a toutefois une limite à ce droit de disposition : vendant sa part, l'associé rompt le pacte de confraternité en considération duquel ses coassociés s'étaient joints à lui, et provoque le partage du fonds social ; aussi ne peut-il le faire lorsque le partage est interdit avant une époque déterminée. La vente alors sera-t-elle nulle ? Evidemment non, mais l'acheteur sera soumis aux mêmes exceptions

que son ayant-cause et ne pourra intenter l'action *communi dividundo* avant l'époque fixée pour le partage (L. XVI, § 1, Dig., *pro soc.*; L. XIV, § 3, Dig., *com. divid.*, lib. X, tit. III).

Si les associés ont le *jus abutendi*, en ce sens seulement qu'ils peuvent aliéner leur part de la chose commune, à plus forte raison ont-ils le *jus utendi;* ils peuvent donc se servir de la chose commune ; mais à l'exercice de ce droit s'impose encore une limite qui découle du devoir qu'a chaque associé de respecter le droit égal de tous ses coassociés à la jouissance du même fonds.

Il est encore une autre limite : c'est que nul associé n'a le droit de changer la destination de la chose sociale sans l'assentiment des autres.

La société est tenue d'indemniser l'associé de toutes les dépenses faites par lui dans l'intérêt général, et par exemple de lui rembourser les frais de voyage. « *Viatica igitur et meritoriorum et stabrelorum, jumentorum, carrulorum vecturas. vel sui, vel et sarcinarum suarum gratia, vel mercium recte imputabit* » (L. XLII, § 15, Dig., *pro soc.*)

La loi XLII, § 10, Dig., *h. t.*, suppose que l'un des associés a fait à la part des autres, ou à la chose commune, des réparations importantes dont il a avancé les fonds. Quel sera le droit de cet associé ? La loi rapporte une constitution de Marc-Aurèle qui lui accorde le choix entre deux

alternatives : il aura le droit d'exiger la restitution de son capital avec quatre mois d'intérêts ; ou de s'approprier le bien qu'il a ainsi restauré, après le même temps, s'il n'est pas payé. Dans tous les cas, l'associé peut réclamer des intérêts lorsqu'il a fait des dépenses nécessaires à la chose commune, soit qu'il préfère son argent à la chose, soit qu'au contraire il consente à la recevoir en paiement. « *Et si pecuniam dedit, non sine causa dicetur quod usuras quoque percipere debeat, quas possit habere si alii mutuum dedisset.* » (L. LXVII, § 2, Dig., *h. t.*)

Il en est de même de celui qui a payé les dettes contractées par un des associés à l'occasion de la société ; c'est, comme dans le cas précédent, au moyen de l'action *pro socio* qu'il a le droit de répéter ce qu'il a payé au-delà de sa part ; et il n'y a pas à distinguer entre la dette dont l'échéance arrive *durante societate*, et celle dont l'échéance n'arrive que *soluta societate*. C'est ce que décide la loi XXVII, *eod tit. Quid* si la société est dissoute avant que celui qui avait contracté une dette n'en ait effectué le paiement ? Le jurisconsulte Paul (L. XXVIII, Dig. *h. t.*) décide qu'il ne devra pas dans le partage de l'actif déduire le montant de sa dette de la part qui revient aux autres, mais que la dette devra être divisée entre tous, et que s'il s'est engagé personnellement au paiement de cette dette, il pourra exiger une caution pour garantir son recours en indemnité contre les autres.

Le même jurisconsulte fait l'application du même principe au cas suivant: « Un associé a vendu la chose commune du consentement des autres associés; il peut, alors qu'il a encore le prix entre les mains, exiger de ses coassociés caution de le rendre imdemne de toutes les poursuites en garantie ou d'autre nature dont il pourrait être l'objet. Mais il a omis cette formalité et il a partagé le prix de la vente sans exiger la garantie, puis il arrive que l'acheteur évincé exerce son recours contre lui. Il pourra encore se faire indemniser par tous les autres coassociés, et si l'un d'eux est insolvable, sa contribution devra être répartie sur tous, y compris le vendeur qui en supportera sa part. »

Enfin nous avons déjà vu que c'est la société qui supporte les pertes éprouvées par l'associé dans l'exercice de ses fonctions, c'est-à-dire lorsqu'il gère les affaires communes (L. LII, § 4, lib. XVI, *h. t.*) Est-il tombé entre les mains des voleurs qui lui ont enlevé son argent, ses bagages, ses marchandises, il aura le droit de s'en faire indemniser par la société. A-t-il reçu des blessures, il pourra répéter contre elle les honoraires du médecin et le prix des médicaments. Il ne s'agit évidemment ici que des pertes qu'il a éprouvées sans sa faute.

§ 2

DEVOIRS DES ASSOCIÉS.

La première des obligations des associés est de réaliser leur apport. Nous avons vu par quels moyens ils peuvent le faire ; nous avons aussi examiné les effets de cette translation de propriété quant aux risques et quels droits elle confère à la société sur les apports réalisés ; droits qui tiennent tantôt de la nature du contrat de vente, tantôt de la nature du contrat de louage. Nous nous bornons simplement à rappeler ces principes, en ajoutant toutefois une observation : la chose donnée en apport peut renfermer des vices cachés de nature à en diminuer la valeur ; l'associé devra indemniser la société de la moins value. Si les vices cachés empêchent la société de jouir d'un corps certain dont le propriétaire a promis d'apporter la jouissance, celui-ci en doit également garantie.

La seconde obligation de l'associé est de communiquer à ses coassociés tous les bénéfices qui résultent de l'apport social, ainsi que tous ceux qu'il a pu faire, mais *ex societate* seulement.

De même qu'il ne peut exiger réparation pour le préjudice qu'il a éprouvé *propter societatem*, si, par exemple, il a été dépouillé d'une succession ou d'un legs parce qu'il était en société, de même la

société ne peut exiger sa part des bénéfices qu'il a faits, *propter societatem*, comme, s'il a été institué héritier ou a reçu une donation parce qu'il est en société. (L. LX, § 1, Dig., *h. t.*).

Il y a cependant une exception : la loi LXII, Dig., *eod. tit.*, suppose que l'un des associés a reçu sa part d'un bénéfice social ; il y a bien là un *lucrum ex societate quæsitum*, et l'autre associé n'a rien reçu. Celui-ci ne pourra contraindre le premier à partager avec lui ce qu'il a reçu, mais à une double condition, c'est que le débiteur soit solvable et que, alors même que le débiteur serait insolvable, celui qui a reçu sa part ne fût pas en faute ; autrement, il pourrait être forcé de partager avec son coassocié. (L. LXIII, § 5, *h. t.*).

Deux hypothèses peuvent se présenter ; il peut arriver que l'un des associés ayant réalisé des bénéfices n'en ait pas rendu compte à ses coassociés immédiatement après avoir été mis en demeure par eux de le faire ; ou bien que l'associé ayant pris dans la caisse sociale une somme pour son usage personnel, ne l'ait pas encore rendue. Il est évident que dans ces deux circonstances, il doit rendre compte des intérêts à la société.

Voici comment la loi L, § 1, Dig., *de usuris*, lib. XXII, tit. I[er], résout le second cas. *Socius si ideo condemnatus erit, quod pecuniam communem invaserit, vel in suos usus converterit, omnino etiam mora non interveniente præstabuntur usuræ.* »

L'associé doit les intérêts des sommes par lui détournées, de plein droit, sans aucune mise en demeure préalable; il a commis en effet un détournement de fonds qui est assimilé à un *furtum*; or, le voleur est toujours en demeure de restituer l'objet volé.

La première hypothèse nécessite une distinction : l'associé qui a reçu de l'argent pour le compte de la société et qui ne l'a pas versé dans la caisse sociale a-t-il ou n'a-t-il pas fait usage de cet argent? S'il ne s'en est pas servi, il devra simplement payer les intérêts; si au contraire il s'en est servi, « *usuras quoque præstare eum debere, ait Labeo, sed non quasi usuras, sed quod socii intersit, moram eum non adhibuisse. Pomponius* ajoute : *sed si aut usus pecunia non sit, aut moram non fecerit, contra esse.* »

On aperçoit très bien le motif grave sur lequel le jurisconsulte base sa décision; le contrat de société est par essence un contrat de bonne foi; si l'associé manque à la bonne foi dans ses rapports avec ses coassociés, il mérite toute la sévérité de la loi; c'est pour cela que rien de semblable n'a lieu à l'égard de l'héritier de l'associé : « *Item post mortem socii, nullam talem œstimationem ex facto heredis faciendam; quia morte socii dirimatur societas.* » Il n'y a plus, en effet, à invoquer la bonne foi puisqu'il n'y a plus de société, « *cessante causa, cessat effectus.* »

Nous avons déjà vu que chaque associé étant copropriétaire du fonds commun, a sur ce fonds le *jus utendi,* mais avec certaines limites ; il ne peut en faire un usage qui serait un obstacle à la jouissance de ses coassociés. Ainsi, l'un d'eux veut-il faire des innovations sur la chose commune, en changer la destination, alors que l'autre s'y oppose ; il ne pourra le faire, quand bien même cela serait utile à tous. « *Unde manifestum est prohibendi jus esse*; *in re enim pari*, *potiorem causam esse prohibentis constat* » (L. XXVIII, Dig., *c. divi.*, lib. X, t. III). Et Papinien ajoute même loi : Si toutefois l'associé a exécuté le travail de modification sans l'assentiment de son coassocié, mais en sa présence, et alors que le pouvant, il n'a pas opposé son veto, il ne peut en exiger la destruction ; s'il en résulte quelque dommage, il ne peut qu'en demander la réparation par l'action *communi dividundo*. S'il y a consenti, il ne peut rien exiger ; enfin s'il lui a été impossible de manifester son improbation, parce qu'il était absent et que l'innovation ait lésé ses droits, il pourra exiger que les choses soient remises dans l'état où elles se trouvaient avant son départ. C'est en vertu de ces principes qu'il était interdit de convertir un lieu commun *locus purus*, en *locus religiosus* ; on sait qu'à Rome l'inhumation d'un mort dans un lieu profane le rendait *religiosus;* c'était là une innovation considérable.

Eh bien donc ! je suppose que cette innovation eût été faite sans le consentement requis ; que fallait-il décider? Les autres associés avaient-ils contre le délinquant l'action *communi dividundo*, ou l'action *pro socio ?* Les jurisconsultes sont en désaccord. Voici quelle est la solution de Trebatien et de Labéon : « *Sane jus quidem inferendi in sepulcrum unicuique in solidum competit ; locum autem purum, alter non potest facere religiosum. Trebatius autem et Labeo quanquam putant non esse locum religiosum factum, tamen putant agendum in factum.* » (L. VI, § 6, Dig., *c. divid.*, lib. X, t. III.) Ces jurisconsultes pensent donc que, bien que le lieu ne doive pas être considéré en droit comme *religiosus*, on doit le considérer comme tel en fait, et ils accordent en conséquence aux associés lésés une action *in factum.*

Pomponius, lui, décide qu'il y a simplement lieu à l'action *pro socio : « Si fundus mihi tecum communis sit, et in eum mortuum intuleris, agam tecum pro socio.* » (L. XXXIX, Dig., *pro soc.*)

Enfin, la quatrième et dernière obligation des associés est d'indemniser la société de toute faute qui lui a été préjudiciable. Mais dans quelle mesure et jusqu'à quelle limite sont-ils tenus de cette obligation ? Seront-ils également responsables du dol et de la faute ?

Du dol, cela ne fait aucun doute ; de la faute

lourde assimilée au dol, cela n'est pas moins certain ; ils seront tenus également de l'*Actio legis Aquiliæ*, si la faute commise a causé injustement un dommage à la société. (L. XLVII, § 1 ; L. XLVIII, Dig. *pro soc.*)

Mais que penser de la faute qui consiste simplement dans l'inobservation des obligations qui naissent pour tout associé du contrat de société : *An etiam culpa, id est desidiæ et negligentiæ quæsitum est ?*» Bien que, à l'origine, on ait voulu assimiler l'associé au dépositaire qui ne répond que de son dol et de sa faute lourde, tous les jurisconsultes s'accordent à le déclarer responsable même de la *culpa levis in concreto*. « *Prævaluit tamen ettam culpæ nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est.* » (Inst. Just., § 9, *de sociét.*, lib. III, tit. XXV.) Il doit donc apporter simplement aux affaires de la société les soins qu'il apporte aux siennes propres. « *Sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet.* (L. LXXII. Dig., *pro. soc.*)

On a prétendu appuyer une opinion contraire sur un texte d'Ulpien qui semble, à première vue, contredire le texte de Gaïus. Nous lisons à la loi V, § 2, dig. *commod.* (lib. III, tit. VI) : *Sed ubi utriusque utilitas vertitur ut..... in societate et dolus et culpa præstatur.* » On a induit de la généralité

de ces termes qu'Ulpien rend l'associé responsable même de la *culpa levis in abstracto*, et cela avec d'autant plus d'assurance que le même Ulpien s'exprime dans des termes identiques dans la loi XXIII, dig., *de reg. jur.* lib., I, tit. XVII .

Il nous semble que tel n'est pas le sens qu'il faut attribuer au texte du jurisconsulte; en effet, ce qu'il vise c'est simplement d'établir un parallèle entre les contrats qui n'aboutissent qu'à l'avantage d'un seul, d'une part, et ceux qui ont pour but l'avantage de plusieurs, d'autre part. Dans les premiers on ne répond que du dol, à la différence des seconds dans lesquels on répond du dol et de la faute ; mais il n'a nullement entendu se prononcer sur la nature de la faute et sur la manière dont il convient de l'apprécier ; et la preuve, c'est qu'il assimile l'associé au mari qui n'est tenu que de la *culpa levis in concreto*, comme il le reconnaît lui-même. (L. XXIV, Dig., § 5, *sol. mat*).

L'associé doit donc « *dolum et culpam præstare*, » lors même qu'il s'agit d'un apport en industrie ou en travail. (L. LII, § 2, Dig., *h. t.*)

Nous n'avons plus qu'à tirer les conséquences de notre principe : si l'associé doit apporter aux affaires communes le même soin qu'aux siennes propres.

Il faut dire :

1° Qu'il n'a pas le droit de compenser le préjudice

qu'il a causé à la société avec les bénéfices qu'il lui a procurés (L. XXIII, § 1 ; L. XXV et XXVI, *h. t.*) ;

2° Qu'en général l'associé qui a touché sa part d'une créance commune n'en doit aucun compte à ses coassociés.

Maintenant que nous connaissons les droits et les obligations des associés entre eux, voyons quels moyens la loi met entre leurs mains pour garantir l'exercice de ces droits et assurer l'exécution de ces obligations.

Les associés ont deux armes à leur disposition : l'action *pro socio* et l'action *communi dividundo*.

L'action qui naît directement du contrat de société est l'action *pro socio*, action de bonne foi qui se donne à chaque associé, pour poursuivre contre ses coassociés l'exécution de leurs obligations ; mais non-seulement l'action *pro socio* est donnée à l'associé contre son coassocié, elle peut encore être intentée contre l'héritier de l'associé décédé. « *In heredem quoque socii pro socio actio competit quamvis heres socius non sit : licet enim socius non sit, attamen emolumenti successor est.* L. LXIII, § 8, Dig., *pro soc.* »

Enfin l'action est donnée contre toute personne même *alieni juris*. qui a contracté une société, soit d'après l'ordre de son maître si c'est un esclave, soit d'après l'ordre du *pater familias* si c'est un

filius familias; mais il faut bien distinguer ces deux cas qu'une différence capitale sépare.

Le fils de famille peut, en effet, être obligé civilement, tandis que l'esclave ne peut l'être que naturellement; d'où il suit que dans le premier cas, l'action est aussi bien accordée contre le père que contre le fils; tandis que dans le second, le maître seul est obligé et tenu de l'action *pro socio.*

Voilà à qui et contre qui l'action *pro socio* est donnée; voyons maintenant dans quel but.

L'action *pro socio* a pour but de poursuivre l'exécution de toutes les obligations résultant *ex æquo et bono* du contrat de société et de ses pactes accessoires. Et ce n'est pas au nom de la société ou contre la société considérée comme personne morale, mais bien en son nom propre et contre chacun des associés considérés individuellement, que chaque associé agit pour sa part et portion.

L'action *pro socio* a deux caractères qui nous montrent sous quel point de vue moral les jurisconsultes considéraient le lien formé entre associés. Partant de ce principe que la société est un contrat de bonne foi par excellence, et qu'elle établit entre les associés une sorte de confraternité (L. LXIII, pr., *pro soc.*), ils décidaient que les associés ne pouvaient être condamnés les uns envers les autres, que chacun jusqu'à concurrence de ses moyens: « *in id quantum facere potest.* » C'est ce qu'on

appelle le bénéfice de compétence (L. LXIII, §§ 1 à 3, *pro soc*; L. VI, Dig., *de re. judic.*, lib. XLII, t. I).

La concession du bénéfice de compétence est soumise à certaines formalités; il doit être demandé au moment de la *litis contestatio* et le magistrat ne l'accorde que *causa cognita*. Ainsi le défendeur a-t-il nié sa qualité d'associé, ou bien est-il obligé en vertu de la *clausula doli*, « *non succurratur*, » le magistrat devra la lui refuser.

Il en sera de même si les rapports des associés ne sont pas assez intimes pour créer ce lien de fraternité, qui est la raison d'être du bénéfice de compétence.

A qui le bénéfice de compétence est-il accordé? A l'associé lui-même, et à lui seul, jamais à son fidéjusseur ou à son héritier; la loi LXIII, §§ 1 et 2, Dig. *pro soc.*, qui la leur interdit, l'interdit également au père et au maître qui ont ordonné, l'un à son fils, l'autre à son esclave, de conclure un contrat de société. En d'autres termes, le bénéfice de compétence est une exception; or la loi VII, pr. Dig., *de excepti*, lib. XLV, tit. I, pose très fermement le principe : « *Exceptiones quæ personæ cujusque cohœrent, non transeunt ad alios, veluti ea quam socius habet exceptionem quæ facere possit.* »

Pour en finir avec le bénéfice de compétence, disons un mot des règles à suivre pour en faire le calcul. La loi LXIII, § III, Dig. *pro soc.*, décide que

pour apprécier la consistance de l'actif, on ne doit pas déduire les dettes de l'associé défendeur ; d'après Marcellin, cette déduction n'a lieu au profit de l'associé que lorsque les dettes sont nées du contrat de société : « *nisi ex ipsa societate debeatur* ; » le motif est que ce serait faire un avantage aux autres associés, qui doivent tous, dans ce cas, y contribuer pour leur part.

C'est au moment où il devra prononcer la sentence que le juge appréciera les ressources du *socius* pour déterminer le montant de la *condemnatio* (loi LXIII, § 6, Dig., *pro soc.*) ; et il devra tenir compte des ressources dont l'associé s'est dépouillé par dol « *nec enim æquum est dolum suum quemquam relevare* » (loi LXIII, § 7, Dig., *pro soc.*). Enfin, il est une particularité remarquable, c'est que si après la *condemnatio* le défendeur ne peut plus être poursuivi, le juge devra, pour sauvegarder le droit du demandeur, exiger du défendeur avant de le condamner, *in quod facere potest*, qu'il s'engage à payer le surplus à mesure qu'il se procurera de nouvelles ressources. Mais ce ne sera pas une caution qu'il offrira au demandeur, ce sera une *nuda promissio* (loi LXIII, § 4, *h. t.*).

Le second caractère de l'action *pro socio* est d'entraîner dans certains cas la note d'infamie. L'édit du prêteur range en effet parmi les personnes notées d'infamie l'associé qui, poursuivi par l'action

pro socio, a été condamné. « *Prætoris verba dicunt: infamia notatur qui pro socio, suo nomine, non contrario judicio damnatus erit.* (L. I, *de his qui notantur inf.*; L. III, t. II.)

Mais cette note d'infamie ne peut être infligée qu'à l'associé lui-même ; c'est-à-dire que l'action *pro socio* n'emporte pas toujours la note d'infamie. Nous avons vu qu'elle est donnée aussi contre l'héritier de l'associé défunt ; or l'héritier poursuivi par l'action *pro socio* ne peut être condamné *suo nomine* : « *quia heres neque in societate succedit, sed tantum in æs alienum defuncti.* » (L. VI, § 6, Dig, *qui nat. inf.*)

Outre l'action *pro socio*, les associés peuvent encore avoir recours les uns contre les autres au moyen de l'action *communi dividundo*. Ces deux actions ont certains points de contact : toutes les deux elles ont pour effet d'obtenir l'exécution du contrat de société au moyen de prestations personnelles lorsqu'elles ont un rapport immédiat avec la chose indivise. (L. XXXIX, § 1, Dig., *pro soc.*). L'associé peut alors choisir entre les deux actions, mais l'exercice de l'action *communi dividundo* enlève la faculté d'exercer l'action *pro socio*, lorsqu'on a obtenu satisfaction complète au moyen de la première, sinon l'associé conserve le droit d'intenter la seconde. « *Hoc minus ex ea actione consequitur, quam ex prima actione consecuitus est.* » (L. XLIII, *in fine*, Dig., h. t.)

Il importe pourtant de ne pas confondre ces deux actions qui se distinguent l'une de l'autre par des différences nombreuses.

1° L'action *pro socio* a pour but unique d'obtenir l'exécution des obligations qui naissent du contrat. L'action *communi dividundo* a pour but d'arriver au partage de toute chose commune.

2° La première concerne toutes les prestations personnelles quelconques auxquelles les associés sont tenus, qu'il s'agisse de choses corporelles ou incorporelles, de créances ou de faits, et elle tend à obtenir condamnation.

La seconde tend, comme point essentiel et principal, à obtenir l'adjudication, c'est-à-dire l'attribution à chacun, par sentence du juge, de la propriété exclusive du lot qui lui est dévolu. (L. XLIII, Dig., *eod tit.*)

3° L'action *pro socio* suppose nécessairement un contrat de société. L'action *communi dividundo* s'applique à tous les cas d'indivision.

4° Enfin l'action *pro socio* est infamante en cas de dol à cause des rapports de fraternité qui existent entre les associés ; elle admet dans certains cas le bénéfice de compétence.

L'action *communi dividundo* ne produit jamais aucun de ces effets.

Remarquons que dans l'action *communi dividundo* le juge joint au pouvoir d'adjudication celui

de prononcer des condamnations au sujet des indemnités que les associés pourraient se devoir, relativement à la chose partagée.

Pour clore ce parallèle entre les deux actions, disons qu'en principe les deux actions peuvent coexister sans se détruire mutuellement ; de telle manière toutefois que dans leurs points communs nul ne puisse obtenir par l'une ce qu'il a déjà obtenu par l'autre.

SECTION III

Rapports des associés avec les tiers.

Le principe romain d'après lequel les obligations ne peuvent se contracter ni activement, ni passivement par l'intermédiaire d'autrui, reçoit son application dans le contrat de société.

Cette règle rigoureuse a fléchi comme tant d'autres sous l'influence du droit prétorien ; mais pour procéder méthodiquement, nous verrons les modifications qu'il y a apportées dans les différentes hypothèses qui peuvent se présenter.

Ou bien, il n'y a pas de gérant, et alors tous les associés administrent ensemble les affaires de la société et traitent directement avec les tiers, ou bien il y a un gérant par l'intermédiaire duquel les associés s'obligent envers les tiers et acquièrent sur eux des créances.

Dans la première hypothèse, l'action est donnée contre ou pour chacun d'eux proportionnellement à sa part et portion ; deux textes au Digeste le décident : c'est d'abord la loi XIV, § 1, Dig., *de edili. edic.* L. XXI, t. I, « *quamvis actio ex empto cum singulis sit pro portione qua socii fuerint* ; » puis la loi IV, pr., Dig., *de exercit. act.* L. XIV, t. I, dans laquelle Ulpien applique ce principe à un cas particulier: « *si tamen plures per se navem exerceant, pro portionibus exercitionis conveniuntur.* »

Ces deux textes prouvent clairement qu'il n'y a aucune solidarité entre les associés.

Il n'y a que deux exceptions à notre principe, c'est : 1° lorsque les associés ont stipulé dans le contrat la corréalité active ou passive, et lorsque les associés sont *argentarii* (L. XXV, pr. Dig., *de pact.*, L. II, t. XIV);

2° Même en dehors de la corréalité, les associés peuvent être tenus solidairement, de telle sorte que la *litis contestatio* avec l'un des associés débiteurs ne libère pas les autres coassociés. C'est ce qui se passe, lorsqu'ils se sont obligés *in solidum*, dans un contrat de bonne foi. (L. IX, Dig., *de duob. reis*, L. XLV, t. II.)

Seconde hypothèse. — L'administration des affaires sociales est confiée à un gérant ; il faut encore distinguer le caractère et la capacité de ce gérant ; capacité qui peut varier suivant les cas.

C'est un esclave qui a traité avec les tiers : les associés peuvent être poursuivis au moyen des actions *adjectitiæ qualitatis*, que le droit prétorien permet de diriger contre le maître de l'esclave qui a traité en vertu d'un ordre exprès ou tacite.

Si l'ordre a été donné par un seul associé, celui-là seul est tenu de l'action *quod jussu* pour le tout ; si l'ordre a été donné par tous à la fois, chacun d'eux est poursuivi pour le tout (L. LI, § 1, Dig., *quod jussu* ; L. XV, t. IV ; L. IV, § 2, Dig., *de exercit. act.* ; L. XIV, t. I ; L. XIII, § 2, *de instit. act.* ; L. XIV, t. III).

En dehors de tout ordre exprès ou tacite, les associés sont tenus de l'action *de peculio* ou *de in rem verso*.

S'agit-il, au contraire, d'une créance acquise par l'esclave commun, chaque associé a l'action pour une part proportionnelle à celle qu'il a dans la propriété de l'esclave, à moins que celui-ci n'ait stipulé nominativement pour l'un d'eux, ou sur l'ordre d'un seul, ou encore que la chose stipulée ne puisse appartenir à l'un des maîtres.

Si c'est un *servus alienus* qui a été préposé à la direction d'un commerce quelconque, chacun des associés est tenu solidairement de l'action institoire (L. XIV, Dig., *de instit. act.*).

Enfin, le gérant peut être une personne libre, qu'elle soit un étranger ou l'un des associés ; il

faut alors appliquer les principes du mandat et de la gestion d'affaires. S'il a traité comme mandataire, les associés peuvent être poursuivis au moyen d'actions utiles, et intenter l'action *mandati* pour obtenir la cession des créances qui ont été acquises pour eux, à moins que le mandataire ne soit insolvable, auquel cas le prêteur permet aux mandants d'agir directement contre les tiers par une action utile. (L. I, § 2, Dig., *de inst. act.*). S'il a agi comme *negotiorum gestor*, en principe, il est seul tenu ; mais si la société s'est enrichie, le tiers peut exercer la *condictio* contre les associés. (L. XXIII et XXXII, Dig., *de reb. cred.* ; L. XII, t. I.)

SECTION IV

Effets de la société entre les associés et le croupier.

L'associé, avons-nous dit, est copropriétaire du fonds commun ; il peut donc aliéner sa part et, à plus forte raison, s'associer ponr cette part avec un tiers, avec qui il partagera ce qu'il retirera de la société. Ce tiers s'appelle croupier.

Quelles sont les conséquences de cette adjonction d'un croupier, et quelle est sa situation vis-à-vis de la société? C'est ce que vont nous dire les Lois XIX et XX, Dig., *pro soc.* : « *Qui admittitur socius, ei tantum socius est qui admisit... nam socii mei socius, meus socius non est.* »

Le croupier est tout à fait en dehors de la société, il n'a de rapport qu'avec celui qui l'a admis *in partem* avec lui; à l'égard des autres associés, il est comme si il n'existait pas ; d'où il résulte que l'associé forme avec son croupier une sorte de société latérale à la société principale. La raison en est bien simple : « *cum enim societas consensu contrahatur, socius mihi esse non potest quem ego socium esse nolui.* » C'est une des conséquences de *l'intuitus personæ*.

Voyons maintenant quel sera le fonctionnement de cette société secondaire. Primus et Secundus sont associés ; Secundus s'associe avec un étranger, Tertius.

Si Tertius a fait des bénéfices, il devra les partager avec Secundus, qui lui-même devra en faire part à Primus, car à son respect, il est censé les avoir réalisés lui-même. Réciproquement, Secundus devra communiquer à son croupier Tertius tous les profits qu'il aura retirés de son association avec Primus qui ne pourra être directement recherché par le croupier. (L. XXI, XXII, Dig., *h. t.*)

La loi XXII offre même une garantie au croupier, contre son associé négligent ; Tertius pourra actionner Secundus et lui faire rendre compte du bénéfice qu'il aura réalisé par Primus, avant même que celui-ci ait été actionné par Secundus.

Si le croupier Tertius cause un dommage à la

société, Secundus devra en indemniser son associé qui pourra même agir directement contre le croupier, en se faisant céder l'action que Secundus a contre lui (L. XXIII, pr., *h. t.*); et cela quand même le croupier aurait procuré des bénéfices considérables, car d'après l'avis des jurisconsultes Marc-Aurèle et Marcellus, il ne doit pas y avoir compensation. De même Secundus doit communiquer à son croupier l'indemnité qu'il obtiendrait à l'occasion du dommage causé à la société par Primus; mais là s'arrête son obligation, car il ne répond pas de ce dommage; de telle sorte que si Primus était insolvable, il se libérerait de toute recherche de la part de Tertius en lui cédant l'action qu'il a contre Primus. On conçoit aisément le motif de cette différence : c'est qu'ici Secundus, à la différence du cas précédent où il était en faute, à l'égard de *Primus*, d'avoir introduit un élément nuisible dans la société, n'est pas en faute à l'égard de son croupier qui a dû connaître la société principale et pu prévoir *l'eventus damni*.

CHAPITRE IV

DE LA DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ ET DE SES SUITES.

Ulpien, dans la loi LXIII, § 10, *pro. soc.* nous donne la classification des modes de dissolution de la société, *Societas solvitur* :

1° *Ex personis;*

2° *Ex rebus* ;

3° *Ex voluntate* ;

4° *Ex actione ;*

Ajoutons un cinquième mode que nous indique la loi LXV, § 6, *pro soc.*

5° *Ex tempore.*

§ 1.

EX PERSONIS.

La société se dissout *ex personis* de différentes manières, *morte*, *capitis deminutione*, *egestate ou venditione bonorum.*

Morte. — *Première règle.* — A la mort de l'un des associés, ses héritiers ne prennent point sa place ; car ici, il n'est pas vrai de dire : « *hæres sustinet personam defuncti.* » Ce principe est, en

effet, combattu et annulé par cet autre principe que nous rappelons encore parce qu'il domine toute cette matière, savoir : que la société est surtout formée *intuitu personæ* ; j'ai contracté avec telle personne et non pas avec ses héritiers ; on ne peut donc pas me les imposer pour associés.

La loi LIX, pr. Dig., *pro soc.*, va même jusqu'à interdire aux associés de convenir à l'avance que l'héritier de l'associé décédé le remplacera. « *Adeo morte solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possimus ut heres etiam succedat societati.*

On ne peut, en effet, admettre dans une société une personne incertaine ; or, l'héritier est au premier chef une personne incertaine. Mais à ce principe il faut apporter un tempérament indispensable dans les sociétés *unius rei et alicujus negociationis*. Si l'un des associés meurt *integris omnibus manentibus* et que l'autre continue l'opération dans l'ignorance du décès de son associé, l'héritier du défunt devra supporter sa part des pertes qui résulteront de l'opération, de même qu'il pourra réclamer sa part des bénéfices. Si au contraire l'associé a continué l'opération connaissant l'accident qui mettait fin à la société, il supportera toutes les pertes, mais l'héritier ne pourra rien réclamer des bénéfices. (L. LXV, § 10, Dig., *h. t.*)

Dans tous les cas, l'héritier de l'associé décédé succède à tous ses droits comme à toutes ses obli-

gations antérieurs à la dissolution de la société (L. LXV, § 2, Dig., *h. t.*), ainsi qu'aux actions qu'il pouvait avoir et dont il pouvait être tenu (L. LXV, §§ 9, 13, *h. t.*).

Enfin l'héritier de l'associé doit, de concert avec les associés survivants, prendre part dans les opérations commencées par son auteur et qu'il faut mener à terme (L. XL, Dig., *pro soc.*).

Deuxième règle. — A la mort de l'un des associés la société ne continue pas entre les associés survivants, car peut-être la société n'aurait-elle pas eu lieu si le défunt n'y fût pas entré.

Mais cette règle est moins rigoureuse que la première, car on peut stipuler que la société durera entre les survivants.

Il y a une double dérogation en faveur de la société *vectigalium* qui jouit de deux avantages spéciaux rapportés par Pomponius et Ulpien, lois LIX, pr. et LXIII, § 8, *pro soc.* Le premier privilége, c'est que la société *vectigalium* continue de plein droit entre les survivants, mais à une double condition: 1° qu'à l'origine du contrat il ait été convenu que la part du défunt passera à son héritier « *si pars defuncti ad personam heredis ejus adscripta-sit;* » 2° que la société n'ait pas été contractée surtout en vue de la coopération du défunt; ou qu'il ne fût pas seul capable d'administrer les affaires sociales.

L'héritier prendra uniquement part aux bénéfices et aux pertes sans pouvoir se mêler à l'administration; mais il pourra devenir un véritable *socius* et remplacer son auteur de la façon la plus complète, lorsqu'il aura été agréé par tous les associés survivants. C'est ce qu'il faut induire de cette phrase d'Ulpien : « *et circa societatem vectigalium observamus ut heres socius non sit, nisi fuerit adscitus.* » (L. LXIII, § 8, Dig., *pro soc.*)

§ 2

CAPITIS DEMINUTIONE

La *capitis deminutio* entraîne également la dissolution de la société, mais la *maxima* et la *media* seulement, pas la *minima*, « *quia civili ratione capitis deminutio morti æquiparari dicitur.* » (Inst. G. C. III, § 153.) (L. LXIII, Dig., § 10, *h. t.*).

La *media capitis deminutio* ne dissout pas la société parce qu'elle n'est pas de nature à détruire la confiance personnelle des associés. Ainsi le *filius familias* émancipé et l'individu *sui juris* qui se donne en adrogation restent associés. (L. LVIII, § 2, Dig. h. t.)

§ 3

EX REBUS.

La société se dissout *ex rebus*, lorsque les seuls objets mis en société ont péri; ou bien, lorsque le

but de la société est atteint : par exemple, lorsque, dans la société *unius negotiotionis*, l'opération est terminée. (L. LXIII, § 10, L. LXV, § 10, *h. t.*)

§ 4

EX VOLUNTATE

La société peut encore être dissoute par la renonciation de l'un des associés. Cette renonciation peut être faite avant l'expiration du terme fixé pour la dissolution dans les sociétés à terme, et dans toutes les sociétés dont la durée est indéterminée. C'est ce qui porte Pomponius à considérer comme inutile la clause «*ne abeatur*» (L., XIV Dig., *pro soc.*) Il faut pourtant observer qu'elle a pour effet de rendre la renonciation intempestive si elle n'est pas fondée sur une *justa causa*.

En dehors de cette clause spéciale, la renonciation pour être valable doit réunir les trois conditions suivantes : 1° Il faut qu'elle ne soit pas frauduleuse ; 2° Qu'elle ne soit pas intempestive ; 3° Qu'elle soit portée à la connaissance des autres coassociés.

La renonciation sera frauduleuse lorsque l'associé voudra par ce moyen frustrer ses coassociés d'un bénéfice qui devrait être commun, en se l'appropriant exclusivement. Ainsi plusieurs individus ont contracté une société *totorum bonorum ;* l'un d'eux fait un héritage, mais avant de faire

addition d'hérédité il renonce, à la société, sa renonciation est entachée de dol. (L. LXV, §§ 3 et 4, *h. t.*)

La renonciation sera intempestive lorsqu'elle sera donnée à un moment mal choisi, à un moment où l'intérêt commun s'oppose à la dissolution de la société. Par exemple, plusieurs personnes se sont associées pour le commerce des esclaves, et c'est au moment d'une guerre heureuse dans laquelle on a fait beaucoup de prisonniers, alors que la vente des esclaves achetés ne se ferait pas dans de bonnes conditions, que l'un des associés vient faire sa renonciation ; elle est intempestive, parce que les associés sont intéressés à attendre un temps plus favorable pour que les esclaves soient vendus au plus haut prix possible.

Remarquons, toutefois, que les associés peuvent convenir que l'un d'eux pourra se retirer à une époque quelconque, mais jamais d'une manière frauduleuse.

Quel est l'effet d'une renonciation passée dans de telles conditions, de mauvaise foi ou à contretemps? L'associé qui s'en est rendu coupable est puni par où il a péché, car sa renonciation aura pour effet de libérer à son respect ses coassociés, alors qu'il restera tenu envers eux ; ainsi il sera tenu de partager avec eux le bénéfice qu'il a réalisé et qu'il voulait s'approprier à lui seul ; de même

qu'il devra contribuer pour sa part aux pertes éprouvées et aux dettes contractées par la société, sans pouvoir prétendre à une portion correspondante des bénéfices réalisés par la société, postérieurement à la renonciation (loi LXV, §§ 3, 4, *h. t.*). En d'autres termes, les coassociés du renonçant pourront, suivant leur intérêt, considérer la renonciation comme valable ou non avenue.

Enfin, il ne suffit pas que la renonciation soit faite de bonne foi et non à contre-temps, il faut encore qu'elle ne soit pas clandestine; c'est-à-dire qu'il faut qu'elle soit dénoncée aux intéressés (loi XVIII, Dig., *pro soc.*).

Il n'est pas nécessaire que la renonciation soit faite par l'associé lui-même (L. LXVI, § 7, *h. t.*). On peut donc renoncer par procureur ou par mandataire; de même que la renonciation peut être signifiée à un mandataire, mais sous la condition de la ratification postérieure par l'associé lui-même.

Nous avons vu les conditions de la renonciation faite par un seul des associés; ces conditions cessent, lorsque la dissolution a lieu *mutuo dissensu,* car alors tous les associés sont d'accord (L. LXV, § 3, Dig., *h. t.*). Le *mutuus dissensus* peut être exprés ou tacite, comme nous l'apprend Callistrate (L. LXV, *h. t.*).

§ 5

EX ACTIONE.

La société se dissout *ex actione,* lorsque les obligations se trouvent novées par suite d'une stipulation ou d'un *judicium* (L. LXV, pr. *h. t.*); mais il faut que la stipulation intervienne *animo novandi*, auquel cas l'action *ex stipulatu* remplace l'action *pro socio.*

Quant à la dissolution *judicio*, elle résulte de la délivrance de la formule de l'action *pro socio* intentée par les associés pour régler définitivement leurs droits respectifs; elle implique alors la renonciation des associés.

Mais il y a une différence profonde entre la renonciation ordinaire et celle qui résulte du *judicium :* c'est que dans le premier cas les obligations antérieures subsistent; tandis que dans le second, elles sont éteintes par l'effet de la *litis contestatio* qui crée un rapport nouveau entre les parties.

§ 6

EX TEMPORE.

Il suffit d'énoncer ce mode de dissolution.

Si le jour de la dissolution a été fixé à l'avance par le contrat de société, il est bien certain que, lorsque ce jour sera arrivé, les associés pourront se

séparer par le seul fait de son échéance (L. LXIII, § 6, Dig., *pro soc.*). Que si les associés restaient en société malgré l'échéance du terme, par l'effet d'une sorte de tacite reconduction, il y aurait bien encore une société, mais une société nouvelle, vivant sur les bases et d'après les conditions de l'ancienne.

SECTION II

Des suites de la dissolution de la société.

La condition essentielle de toute société est, avons-nous dit plus haut, un intérêt commun, rattachant les associés entre eux; un but unique, celui d'arriver au partage des bénéfices réalisés, comme aussi des pertes éprouvées. Ce règlement de parts soit de bénéfices, soit de pertes, est la conséquence immédiate et nécessaire de la dissolution de la société.

Mais avant d'arriver au partage, il faut passer par deux opérations préalables : il faut que chaque associé fasse à la masse commune le rapport de tout ce qu'il lui doit. Nous avons déjà vu ce que l'associé peut devoir à la société; nous n'y reviendrons pas; nous ferons simplement observer que s'il ne s'est pas encore libéré, c'est à ce moment qu'il doit le faire.

Il faut, en second lieu, que chaque associé pré-

lève ce dont il peut être créancier sur la société. Ainsi l'associé *omnium bonorum* aura dans certains cas le droit de prélever la dot de sa femme. Tout associé pourra prélever le montant des dépenses faites dans l'intérêt commun, et des pertes éprouvées en gérant les affaires sociales ; il pourra se faire indemniser des dettes contractées par lui pour le compte de la société, si elles sont échues ; ou exiger une caution à raison de celles qui sont à terme ou conditionnelles (L. XXVII, XXVIII, Dig., *pro soc.*). Enfin l'associé pourra, dans certains cas, prélever ses apports. Ce dernier prélèvement ne pourra sans doute pas avoir lieu dans la société *omnium bonorum* puisque tout est commun. Il n'aura pas lieu non plus dans la société *omnium quæ ex quæstu veniunt*, puisque la masse à partager ne se compose que de bénéfices. Il n'y a donc que les sociétés particulières qui puissent donner lieu à ce prélèvement, et encore dans un cas seulement. Peuvent être prélevés seulement les choses dont l'usage où la jouissance a été mise en commun. Celles dont la propriété a été apportée ne peuvent être prélevées.

Mais il peut arriver qu'il y ait doute sur le point de savoir si c'est la propriété qui a été mise en commun, ou si c'est la jouissance ou l'usage seulement. Ulpien, loi XXXIV, Dig. *de reg. juris*, L. L, t. XVII, pose une règle au moyen de laquelle il sera facile de résoudre la difficulté : « *id quod*

minimum est sequimur, » et nous dirons, en cas de doute, que l'intention probable a été d'apporter la jouissance ou l'usage.

Ces deux opérations, rapports et prélèvements, terminées, il ne reste plus qu'à déterminer la part de chaque associé dans l'actif net de la société. Sur ce point, trois hypothèses peuvent se présenter :

Première hypothèse. — Le contrat est muet sur l'attribution des parts. Alors deux textes opéreront partage : le § 1, au titre *de societate*, Inst. Just., et le § 150 du Com. II de Gaïus. Tous les deux s'accordent à dire que le partage aura lieu *per æquas partes*. Mais une grosse difficulté est née de cette indication trop insuffisante et on a demandé : égales à quoi? S'agit-il de l'égalité absolue ou par têtes, ou bien d'une égalité proportionnelle à la mise. Malgré l'opinion d'auteurs considérables, nous croyons, nous, qu'il s'agit bien d'une égalité absolue ou par tête. Le texte ne distingue pas, « *partes æquales* ; » la première idée qui vient à l'esprit, la plus naturelle, c'est que ces mots signifient une égalité parfaite. S'il en était autrement, les Romains auraient dû fixer *à priori* une valeur pour l'apport industriel d'un associé. De plus, lorsqu'il y a un arbitre nommé, pourquoi l'arbitre doit-il régler pro-

portionnellement, si ce n'est parce que les parts ne devront pas être égales. D'ailleurs, il n'est pas inique que celui qui apporte moins en numéraire reçoive autant que celui qui apporte plus, et la bonne foi n'en est nullement troublée ; car : *societas... valet etiam inter eos qui non sunt æquis facultatibus, cum plerumque pauperior opera suppleat quantum ei per comparationem patrimonii deest.* (L. V, Dig., *pro. socio.*)

La même règle doit être observée par la contribution aux pertes dans la même hypothèse.

Deuxième hypothèse. — Les parties ont réglé dans le contrat la part que chacune d'elles doit retirer. Pas de difficulté alors ; toutefois, il faut remarquer que toutes les combinaisons ne sont pas permises. Nous avons vu, en effet, que la société léonine, celle qui exclurait un associé de toute participation aux gains en mettant à sa charge toutes les pertes, était flétrie en droit romain (L. XXIX, § 2, Dig. *pro. soc.*). Au contraire, celle qui exempterait l'un des associés de toute participation aux pertes serait valable (L. XXIX, § 1, Dig. *h. t.*). L'égalité absolue peut être stipulée, mais on peut aussi stipuler que l'un aura plus et l'autre moins.

Si les parties n'ont parlé que de la répartition du gain et qu'il y ait perte, on prendra la réparti-

tion fixée par le contrat ; on dira : l'un devait avoir dans les bénéfices 2/3, il devra supporter 2/3 des pertes.

Enfin le contrat porte 2/3 pour Primus et 1/3 pour Secundus dans le gain, et 2/3 pour Secundus et 1/3 pour Primus dans les pertes. Plusieurs jurisconsultes soutenaient qu'une telle convention était nulle parce qu'elle brisait la fraternité ; mais la plupart admirent la validité en s'appuyant sur cette considération : que les mises pouvaient bien être inégales.

Troisième hypothèse. — Les parts soit de perte, soit de gain, sont remises à l'arbitrage d'un tiers. Pour que le contrat se forme, il faut que le tiers désigné fasse les parts (L. LXXV, Dig. *pro. soc.*). C'est la preuve que les apports sont inégaux ; il devra donc y avoir inégalité dans les parts.

Dans la vente, si le tiers désigné fixe un prix dérisoire, le contrat de vente tient tout de même ; dans la société, si la décision de l'arbitre est injuste, les associés pourront en poursuivre la réformation devant les tribunaux (L. VI, LXXVI, LXXVIII, LXXIV, *pro. soc.*). Dans ce cas la société sera nulle comme dans le cas du décès de l'arbitre (L. LXXV, *h. t.*), si le règlement intervient *rebus integris*.

Mais les opérations sont déjà commencées ; il faut bien admettre la validité de la société ; alors

les parts seront déterminées conformémenl à l'équité, elles seront telles : « *quas virum bonum constituere opportuisset* » (L. LXXVI. *h. t.*). On suivra donc les règles de l'égalité proportionnelle.

DROIT FRANÇAIS

DE L'ASSOCIATION EN PARTICIPATION

PRÉLIMINAIRES

« La loi, dit l'article 19 C. com., reconnaît trois espèces de sociétés : la société en nom collectif, la société en commandite, la société anonyme. » Et l'article 47 ajoute : « Indépendamment des trois espèces de sociétés ci-dessus, la loi reconnaît les associations commerciales en participation.

Pourquoi le législateur n'a-t-il pas compris ces associations comme un quatrième genre de société dans l'article 19, et les a-t-il mises à part dans l'article 47? Telle est la question qui se pose à la simple lecture de ces deux articles. Nous en trouvons l'explication dans les observations du Tribunat.

« C'est que, disait M. Treilhard, l'association en « participation n'est qu'un marché d'un moment re- « latif à quelque opération passagère, et qu'en cela « elle diffère de la société, dont le lien plus durable « forme entre les associés une communauté d'in- « térêts continus. » (Procès-verbal du 14 février

1807, n° LX.) Quelques mois plus tard, le même jurisconsulte revenant sur la question disait :

« Elle ne repose donc pas sur les mêmes bases, « et ne peut avoir les mêmes résultats que les trois « autres genres d'associations. » (Procès-verbal du 5 septembre 1807, n° VIII.)

Enfin, M. Bérenger ajoutait : « Elle est d'une « nature tellement différente, que deux sociétés « permanentes peuvent contracter ensemble une « société en participation sans se fondre l'une « dans l'autre. » (Procès-verbal du 14 février 1808, n° LXI.)

C'est donc à dessein et par « une juste raison, » suivant l'expression de M. Treilhard, que le législateur a distingué des autres sociétés l'association en participation. Nous verrons plus tard, en étudiant les caractères de l'association en participation, ce qu'il faut penser de cette juste raison donnée par les membres du Tribunat lors de la discussion du projet du Code de commerce, et nous montrerons par quelles autres raisons plus justes, ce nous semble, et par quels caractères il faut la distinguer des autres sociétés. Quoi qu'il en soit, de ce qui précède, nous pouvons retenir une chose : c'est que c'est au moins intentionnellement sinon par une « juste raison, » que les auteurs du Code ne lui ont pas donné le titre de société et l'ont appelée simplement association. Nous lui conserverons cette

dénomination, bien qu'en général on lui donne le nom de société en participation.

Avant d'étudier l'association en participation telle qu'elle est réglée par notre Code de commerce actuel, nous allons la suivre dans sa marche progressive, depuis son origine jusqu'à nous. Après avoir vu comment elle était pratiquée à Rome dans la ferme des impôts, nous la suivrons à travers le moyen-âge en Italie et en France ; et nous verrons enfin sous quelles transformations elle est entrée dans notre Code de commerce; et dans cette dernière étude, nous rechercherons quel est le caractère propre de ce contrat, celui qui le distingue des autres sociétés et particulièrement de la société en nom collectif ; suivant quelle forme il prend naissance et comment il peut être prouvé. Nous examinerons ensuite d'après quels principes sont réglées les obligations des associés entre eux et à l'égard des tier. Enfin nous verrons comment l'association en participation prend fin, et quelles sont les suites de sa dissolution.

CHAPITRE I^er^

HISTORIQUE DE L'ASSOCIATION EN PARTICIPATION.

Les Romains ont-ils connu l'association en participation ? ont-ils su la distinguer des autres sociétés ? L'affirmative n'est pas douteuse, car non-seulement ils l'ont pratiquée, mais encore ils lui ont donné la dénomination que notre Code lui a attribuée.

En effet, dans la loi III, C. *pro socio* (lib. IV, tit. XXXVII) les empereurs Dioclétien et Maximien parlent expressément d'une association en participation pour l'exploitation d'un bail de salines : «..... *præses provinciæ si patrem tuum salinarum societatem participasse* (1).....».

La participation était très souvent pratiquée en Italie; on la rencontrait dans la plupart des spéculations maritimes, mais surtout dans la ferme des revenus publics ; appliquée à cet objet on l'appelait « *societas vectigalis.* » Voici comment fonctionnait cette société qui jouait un si grand rôle à Rome et dans tout l'Empire romain.

On adjugeait à un particulier les revenus d'une ville ou d'une province moyennant une redevance annuelle déterminée : mais il arrivait souvent que

(1) *Id est partem habuisse in societatem salinarum.*

l'adjudicataire n'était pas assez riche pour supporter seul les charges d'un entreprise si considérable, alors il s'adjoignait des auxiliaires, riches capitalistes qui venaient lui apporter le secours de leurs capitaux tout en restant inconnus du public avec lequel lui seul était en rapport. Ces capitalistes, souvent en nombre considérable, étaient appelés tantôt commanditaires, tantôt participants. Mais il est facile de concevoir que le nombre même et la diversité d'intérêts de cette importance, engagés dans ce genre d'affaire, devaient faire naître de fréquentes contestations soit entre les capitalistes et les tiers qui, ayant traité avec le fermier, cherchaient à exercer contre eux un recours efficace, soit entre le fermier et les capitalistes ou participants.

Il est intéressant de voir quels principes présidaient au règlement de ces intérêts, sous le double point de vue où nous venons de les envisager. Nous allons voir à la lumière de la jurisprudence et de la doctrine italiennes : 1° quelle était la nature des rapports des participants entre eux ; 2° comment étaient réglés les rapports des participants et des tiers.

Les participants étaient-ils considérés comme coassociés ou comme débiteurs et créanciers les uns des autres? Sur ce point, M. Troplong constate, d'après Stracca, quelques hésitations dans la juris-

prudence italienne. Le jurisconsulte rapporte trois espèces qui se sont présentées devant la rote de Gênes et dans lesquelles ce tribunal a varié. Dans une première décision (Décis. 39) le participant bailleur de fonds est considéré comme créancier de son coparticipant et il a une action directe contre ce dernier, qu'il ait ou n'ait pas participé à l'administration.

Dans la seconde espèce (décis. 14), le participant est assimilé dans une certaine mesure à un associé ordinaire ; voici comment s'exprime Stracca, revenant lui-même sur sa première opinion : « *Participem seu eum qui habet partem in negotio, dici proprie socium* (L. *cum in societates*... III, C. *pro soc.*), *ubi socius appellatur qui participaverat in salinis.* »

Enfin dans la décision 46, la rote de Gênes alla plus loin encore, et argumentant de la loi LXV, § 14 (Dig., *pro soc.*), laquelle accorde au participant bailleur de fonds une action contre l'administrateur ou détenteur des fonds sociaux, sauf, en cas d'insuffisance, son recours contre les autres associés, assimile ledit participant à un véritable *socius*. Voici, en effet, comment s'exprime la loi précitée : « *Si communis pecunia penes aliquem socium sit, et alicujus sociorum quid adsit, cum eo solo agendum penes quem agere possunt.* »

Comme on le voit, le texte que nous venons de

citer ne s'applique qu'entre associés ; à l'égard des tiers il en est tout différemment et les créanciers peuvent rechercher solidairement les associés administrateurs ou non. A ce point de vue donc, il n'y avait en Italie aucune différence entre la participation et les sociétés ordinaires, et les décisions qui consacraient cette solution nous semblent, en effet, les plus juridiques.

Mais nous arrivons à un tout autre résultat si nous considérons la question que nous nous sommes posée sous son second aspect, celui qui concerne les rapports des participants avec les tiers. Nous voyons, en effet, une concordance parfaite et unanime entre les jurisconsultes et les tribunaux italiens pour déclarer que les rapports existants entre les participants et les tiers sont essentiellement distincts des relations qui résultent des sociétés ordinaires. Voici comment s'exprime à cet égard le cardinal Deluca : « *In casu societatis débitum ab uno socio in causam negotii socialis contractum obligat alterum, et e converso, exclusa societate, ac posita simplici admissione ad participationem contrarium dicendum est.* » (*De credito, Disc.* 87, *n°* 7.)

Et Césarégis, appuyant encore sur cette différence capitale qui distingue l'associé ordinaire du participant, conclut en ces termes : «... *neque ipsi participes agere possunt contra debitores societatis,*

neque conveniri valent a creditoribus societatis. » (*Disc.* 39, n° 38 et s.). Pourquoi ? Parce que, dit encore le cardinal Deluca; « *Non sunt socii, neque in jure formali, negotii considerantur condomini ; sed solum sunt participes.* » Cette phrase caractérise admirablement la participation: à la différence de ce qui se passe dans les sociétés ordinaires, les participants ne sont pas coseigneurs de l'affaire commune ; à l'égard des tiers, ils y sont absolument étrangers et ceux-ci ne peuvent en rien les rechercher ; c'est le gérant seul qui traite avec eux et c'est lui seul qu'ils doivent poursuivre ; les autres n'apparaissent que quand l'affaire est terminée et pour demander compte des profits et pertes.

Cette opinion était d'ailleurs consacrée par l'imposante autorité de la rote de Gênes, qui dans sa décision 14, n° 120, veut qu'on ne confonde pas la société avec la participation qui ne donne droit qu'à un compte et n'est qu'une affaire de participant à participant. En d'autres termes, la participation était considérée à l'égard des tiers comme n'existant pas ; elle était de sa nature essentiellement occulte.

Nous verrons plus tard l'importance de ces idées lorsque nous étudierons l'association en participation sous l'empire de notre Code de commerce ; en attendant, retenons ce double caractère qui lui est

attribué par l'école italienne, savoir : qu'entre participants le lien social existe, mais qu'à l'égard des tiers, il n'y a pas de société.

Voyons maintenant, si en passant dans la jurisprudence française, la participation a changé de nature. Le moyen âge a connu et pratiqué l'association en participation désignée dans l'ancienne jurisprudence française sous le nom de société anonyme; elle était même d'un usage très fréquent ainsi que vont nous le dire Savary, le judicieux auteur du *Parfait Négociant*, et Pothier, qui en ont tracé les règles principales. Nous allons donc laisser la parole à Savary lui-même; voici comment il s'exprime, tome I^e^, 1^re^ partie, chapitre 1^er^, page 25 : « Il reste maintenant d'expliquer la « troisième sorte de société que l'on appelle « anonyme, qui se fait aussi parmi les marchands « et négociants; elle s'appelle ainsi parce qu'elle « est sans nom et qu'elle n'est connue de per- « sonne, comme n'important en façon quelconque « au public; tout ce qui se fait en la négociation, « tant en l'achat qu'en la vente des marchandises, « ne regarde que les associés chacun en droit soi, « de sorte que celui des associés qui achète, est celui « qui s'oblige et qui paye au vendeur; celui qui « vend reçoit de l'acheteur; ils ne s'obligent point « tous les deux ensemble envers une tierce per- « sonne; il n'y a que celui qui agit qui est le seul

« obligé ; ils le sont seulement réciproquement « l'un envers l'autre, en ce qui regarde cette so- « ciété. Il y en a qui sont verbales, d'autres par « écrit; et la plupart se font par lettres missives « que les commerçants s'écrivent respectivement « l'un à l'autre; les conditions en sont bien sou- « vent brèves, n'y ayant qu'un seul et unique « article, et elles finissent quelquefois le même « jour qu'elles sont faites. »

Après avoir ainsi défini et caractérisé l'association en participation ou anonyme, Savary nous fait assister à une série de combinaisons dans lesquelles on rencontre les caractères qu'il vient d'indiquer. Il importe d'examiner avec soin les hypothèses qu'il prévoit ; cet examen nous aidera à réfuter certaines doctrines erronées qui se sont produites sur les caractères qui distinguent, sous l'empire de notre Code de commerce actuel, l'association en participation des autres espèces de sociétés.

La première hypothèse, dit Savary, est « celle que l'on appelle parmi les négociants et marchands comptes en participation. » Ainsi un navire arrive à Marseille apportant de Smyrne toutes sortes de marchandises ; un négociant de cette ville envoie à un négociant de Paris le mémoire desdites marchandises en lui demandant s'il consent à s'associer avec lui pour en faire l'achat et pour quelle

part. Celui-ci répond au négociant de Marseille, qu'il consent à entrer dans l'affaire pour un tiers ou pour un quart en participant pour une portion correspondante aux profits et pertes. Par cette réponse le négociant de Paris est obligé envers celui de Marseille qui lui-même accepte la société en achetant les marchandises et s'oblige par le fait même à rendre compte des profits et pertes à son associé ; mais il n'est point obligé envers le maître du navire ou le propriétaire des marchandises qui n'aurait aucun recours contre lui si le Marseillais venait à faire faillite et se trouvait dans l'impossibilité d'en payer le prix. Réciproquement, le négociant de Paris ne pourra en rien rechercher le vendeur des marchandises pour obtenir de lui l'exécution des promesses faites au négociant de Marseille.

« La raison en est premièrement, dit le savant « auteur, que le négociant de Marseille agit seule- « ment en son propre et privé nom, avec celui qui « lui vend les marchandises, lequel le reconnaît « pour son seul et unique débiteur..... Seconde- « ment le marchand à qui appartiennent les mar- « chandises mentionnées dans la cargaison, et qui « les vend au négociant de Marseille, le rend dé- « biteur sur son livre journal ou bien lui fait faire « son billet ou sa promesse en son propre et privé « nom ; ainsi il ne reconnaît que lui seul pour son « débiteur, et par conséquent, il ne peut avoir au-

« cune action à l'encontre du négociant de Paris. » Et il ajoute : « Et cette société anonyme ou en « participation ne regarde point le public, mais « seulement les deux associés. »

La seconde hypothèse prévue et rapportée par Savary est la suivante : plusieurs marchands ou négociants vont à une foire ou dans un marché, et voulant éviter d'enchérir au préjudice les uns des autres, ils conviennent d'acheter les marchandises en commun pour après les partager entre eux au *prorata* des parts et portions convenues et de l'argent que chacun aura employé à faire les achats. C'était, nous dit Savary, la coutume des commissionnaires hollandais qui faisaient sur les marchés de Nantes les achats des vins et des eaux-de-vie.

Mais il arrivait fréquemment que ces sortes de contrats dégénéraient en monopoles ruineux pour le peuple ; et ceci nous amène à la troisième hypothèse dans laquelle Savary reconnaît encore une association en participation. Voici ce qui se passait : les plus riches marchands parcouraient tout le pays avant les foires et achetaient des autres petits marchands toutes leurs marchandises pour les porter ensuite sur les marchés en convenant entre eux à l'avance de ne pas les laisser aller au-dessous d'un prix fixé ; de telle sorte que les acheteurs étaient obligés de passer par leurs mains ou de s'en retourner sans rien acheter ; mais notre

auteur qualifie de cabales ces sortes de monopoles et les signale comme étant contre les bonnes mœurs.

Enfin Savary rapporte une quatrième espèce qui peut faire l'objet d'une association en participation. Après deux ou trois années de mauvaises récoltes, les blés français sont devenus extrêmement chers, tandis qu'à Dantzic ou ailleurs, il y en a une grande abondance ; alors plusieurs marchands s'associent, et chargent l'un d'eux d'aller acheter la quantité de blé convenue pour en faire le débit après leur arrivée.

Si maintenant nous tirons la conséquence de ces différentes combinaisons, nous arrivons à cette conclusion : c'est que, indépendamment des espèces de négociations qui font l'objet de cette association en participation, le caractère qui se retrouve partout et qui les domine toutes, c'est le même que celui que nous avons constaté dans la jurisprudence et dans la doctrine italiennes : la participation n'a d'effet que de participant à participant et reste absolument occulte vis-à-vis des tiers. Elle n'a donc pas changé de nature en passant dans notre droit féodal.

Savary termine en faisant une observation qui nous paraît absolument tranchante, car il ajoute en parlant de la dernière hypothèse : « Cette espèce « de société s'appelle anonyme (ou participation)

« parce qu'elle n'a point de raison sous des noms « collectifs, comme les sociétés ordinaires qui par- « lent en traitant de leur commerce, tel et tel en « compagnie, dans l'achat et vente de leurs mar- « chandises et actes qui sont faits en consé- « quence. »

Cette doctrine se trouve d'"ailleurs confirmée par Pothier, qui s'exprime dans le même sens :

« La société *anonyme* ou *inconnue*, qu'on appelle « aussi compte en participation, est celle par « laquelle deux ou plusieurs personnes convien- « nent d'être de part dans une certaine négociation « qui sera faite par l'une d'entre elles en son nom « seul. » Et il cite à l'appui deux exemples qu'il emprunte à Savary.

Si la participation a occupé une si grande place dans la pratique du commerce dès les temps les plus reculés, si elle a été constamment l'objet des plus vives sollicitudes de la part des jurisconsultes du moyen âge, comment se fait-il qu'il n'en soit aucunement question dans l'ordonnance de 1673? Voici l'explication qu'en donne M. Troplong dans son *Traité sur les Sociétés*, tome 1^er^, n° 487 : « ... Ce « silence, dit-il, était loin d'être un oubli du légis- « lateur ; la participation lui avait paru trop étran- « gère à l'intérêt du public qu'il voulait protéger « dans les vraies sociétés, aussi continua-t elle à « être pratiquée surtout dans beaucoup d'opé-

« rations maritimes, qui alors comme aujourd'hui, « se faisaient presque toujours en compte en « participation. »

Ainsi se pratiquait encore l'association en participation, lorsque parut le Code de commerce qui, loin de fixer les incertitudes qui avaient pu se produire sur la question, a fait naître de nouvelles et bien plus graves difficultés. Croyant être plus complets sur ce point que l'ordonnance de 1673, les auteurs du Code ne nous ont donné que 4 articles dans lesquels ils se bornent à dire que la loi reconnaît, en outre des trois grandes espèces de sociétés, les associations commerciales en participation; que ces associations sont relatives à une ou plusieurs opérations de commerce, mais que les parties sont absolument libres d'en régler les conditions, quant à leur objet, quant à leur forme, quant aux proportions d'intérêts; enfin dans les deux derniers articles ils règlent leurs modes de preuve et les dispensent des formalités prescrites par les autres sociétés.

Ce que nous savons des origines historiques de la participation et de son développement dans le moyen âge, en Italie et en France, suffit déjà pour nous montrer que c'est bien peu pour résoudre les questions multiples qui se sont élevées et s'élèvent encore sur ce sujet, et que nos articles n'en disent guère plus que l'ordonnance de 1673; il serait mille

fois préférable que le Code de commerce eût imité son silence, et notre contrat eût continué de fonctionner suivant les anciens usages.

Quoi qu'il en soit, nous tâcherons, en nous éclairant des traditions, de démêler au milieu des arrêts nombreux et contradictoires des Cours d'appel et et de la Cour de Cassation elle-même, les vrais principes qui régissent notre sujet.

CHAPITRE II

QUELS SONT LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE L'ASSOCIATION EN PARTICIPATION ?

Sur cette grave question les doctrines les plus diverses se sont produites, et chacune d'elles a trouvé un écho dans les différentes Cours d'appel et jusque dans le sanctuaire même de la Cour suprême. Il y a pourtant des intérêts d'une importance considérable à ce que les caractères de l'association en participation soient très nettement déterminés. De la solution de cette question dépend la solidité ou la nullité du contrat. Je suppose, en effet, que les parties aient fait une société en nom collectif ou anonyme, là où elles croyaient conclure une association en participation ; n'ayant accompli aucune des formalités prescrites pour les sociétés précitées et qui, aux termes des articles 42 et suivants, sont essentielles à leur validité, elles n'auront absolument rien fait. Il y a en outre une différence notable entre la participation et les autres sociétés au point de vue du mode de preuve dont elles sont susceptibles. Enfin les effets qu'elles produisent à l'égard des tiers sont absolument différents. Tâchons donc de démêler au

milieu du désaccord qui règne aussi bien dans la doctrine que dans la jurisprudence, quels sont les vrais caractères de l'asssociation en participation ; ceux qui nous permettront de la distinguer des autres sociétés.

Trois systèmes se sont produits :

Premier système. — Quelques auteurs ont cru voir le trait caractéristique de l'association en participation soit dans la durée de l'opération qui doit être suivant eux passagère et momentanée ; soit dans l'unité de l'affaire pour laquelle elle est formée ; soit dans ce qu'elle peut avoir de déterminé. Voici d'ailleurs comment M. Locré définit l'association en participation : « Le caractère dis-« tinctif de l'association en participation, celui « qui ne permet de la confondre ni avec la so-« ciété en nom collectif ni avec la société en « commandite, c'est de n'être formée que pour une « ou plusieurs opérations momentanées et passa-« gères, en sorte qu'elles finissent avec ces opé-« rations. » (*Esprit du Code de commerce, sur l'article* 47.)

M. Locré n'a fait que reproduire, comme on le voit, les observations qui ont été faites au Tribunat par M. Treilhard, observations que nous avons rapportées plus haut.

M. Pardessus précise avec plus de netteté encore

s'il est possible, ce caractère tel qu'il vient d'être présenté par M. Locré en disant que « le caractère « propre d'une association en participation est « qu'elle soit relative à une ou plusieurs opérations « de commerce dont l'objet est déjà né au moment « où les parties font leur convention, et qu'elle ne « se prolonge pas au delà du temps nécessaire « pour les achever. » M. Vincens (T. I, p. 378), se ralliant aux idées émises par MM. Locré et Pardessus, traite ces associations de « conventions *accidentelles*, » disant que : « c'est la réunion passagère que deux ou plusieurs négociants contractent entre eux. »

Ces auteurs ont basé leur opinion sur une observation vraie sans doute, mais dont ils ont tiré une couclusion fausse. Suivant l'association en participation à travers les siècles précédents et voyant comment elle était pratiquée au moyen âge en Italie, où elle avait pris naissance du temps des Romains, et en France, ils ont constaté ce qui arrive, en effet, presque toujours: c'est que les affaires accidentelles se mettent en simple participation ; et ils ont pris comme type du genre ce qui n'est qu'une des branches de la participation, car il est bien certain qu'une société momentanée comme celles qui nous ont été signalées par Pothier, peuvent être constituées pour un plus long temps. Il n'est pas moins certain que des individus peu-

vent entreprendre sous une raison sociale et collectivement une opération d'un moment afin d'offrir au public leur crédit simultané au moyen duquel il arriveront à obtenir une confiance méritée.

Mais il est une chose à laquelle les auteurs précités ne prennent pas garde. Il est en effet des associations en participation qui sont de nature à se prolonger considérablement. Jamais, en effet, on ne sera tenté d'appeler association momentanée celle qui, en Italie par exemple, servait de type à l'association en participation, la société vectigale dont nous avons déjà tant parlé. Il en est de même pour la société qui se formait souvent au moyen âge sur le modèle de la vectigale des Romains, pour l'exploitation du bail d'un octroi qui avait ordinairement plusieurs années à courir. Malgré ces objections graves, cette doctrine, professée par de tels jurisconsultes, a entraîné à sa suite la jurisprudence tout entière pendant longtemps, et nous pourrions citer maints arrêts des Cours d'appel et de la Cour de cassation qui la consacrent.

Ces arrêts ne visant, pour résoudre la question, que l'objet de la société, décident qu'il y a association en participation toutes les fois que l'opération pour laquelle elle est constituée est limitée aussi bien dans sa durée que dans son étendue et qu'elle est parfaitement déterminée, tandis qu'au contraire il y a société commerciale ordinaire toutes les fois

qu'il s'agit d'opérations pouvant se présenter dans un certain genre de commerce ou d'industrie.

Nous trouvons ces principes très-explicitement formulés dans un arrêt de la Cour de Poitiers du 11 mai 1825, rapporté dans Dalloz, *J. G. V° société* : « Attendu..... dit l'arrêt, que pour déterminer « l'espèce d'une société, on doit considérer l'objet « pour lequel elle a été contractée, quelles que soient « les clauses et les stipulations qui la constituent ; « Attendu que celle dont il s'agit n'ayant pour ob- « jet entre ouvriers qu'un acte passager, qu'une « convention qui s'applique à un objet unique, à « une seule opération déterminée, ne peut être « considérée que comme une société en parti- « cipation..... »

La Cour de Poitiers, appliquant ces principes à l'espèce qui lui était soumise, considère que la société formée par plusieurs ouvriers pour la fabrication et la vente d'une pompe propre à soutirer les vins ne constitue pas une société en nom collectif, mais bien une association en participation, par ce motif que la société ne devait avoir lieu qu'autant que les parties obtiendraient du roi le brevet d'invention qu'elles se proposaient de solliciter et que la durée en serait limitée au temps qui serait accordé par ledit brevet pour son exploitation.

C'est ainsi encore qu'une association commer-

ciale ayant pour objet le contrat de pacotille est considérée par la Cour de Rennes comme une association en participation : « Attendu, dit-elle, que Brizou et les sieurs Lemême et Gauthier étaient intéressés dans la pacotille de l'Union ; que sous ce rapport ils étaient associés en participation... » (Rennes, 6 mai 1835.)

Sous l'empire des mêmes idées, on ne doit pas réputer association en participation celle qui embrasse toutes les opérations qui peuvent se présenter dans un certain genre d'affaires. C'est le corollaire du principe déjà posé par les auteurs que nous avons cités et consacré par les arrêts qui précédent. Ainsi, par exemple, la Cour de Bordeaux a décidé dans un arrêt du 5 mai 1829 (Dalloz, J. G. v° *Société*, n° 1606) que la société formée pour la vente d'une certaine espèce de bestiaux (des porcs), constitue une société en nom collectif et non pas une association en participation : « Considérant, « dit-elle, que les faits dont la preuve est offerte « par Guérineau, au lieu de présenter les carac- « tères d'une association en participation, indique- « raient bien plutôt une société en nom collectif ; « qu'en effet, au lieu de s'appliquer à une ou plu- « sieurs opérations spéciales déterminées et déjà « nées, les faits articulés donneraient l'idée d'une « société embrassant dans un genre particulier « d'industrie toutes les opérations qui auraient pu

« se présenter, qu'une pareille société eût été col-
« lective et non pas en participation. »

Citons enfin dans le même sens un arrêt de la Cour de Grenoble du 9 juillet 1831 (Dal. J. G. v° *Société*, n° 1606) : « Attendu que les opérations « qui sembleraient embrasser une série d'affaires « sur les vins, eaux-de-vie, huile, savons ne peu-« vent constituer une association en participation, « cette sorte d'association ne pouvant être relative « qu'à une ou plusieurs opérations déterminées « de commerce, dont l'objet existe au moment de « la convention, et non à une série d'opérations « dont l'objet serait l'exercice d'une branche de « commerce en général, qui, en établissant entre « les associés une communauté d'intérêts continus, « constituerait une société en nom collectif. »

Ainsi donc le système que nous exposons s'attache uniquement à l'objet du contrat pour déterminer son caractère. Et le principe une fois posé, la jurisprudence en pousse l'application jusqu'aux dernières conséquences ; elle décide, en effet, et en cela elle nous paraît logique, que c'est en vain que des parties auraient revêtu des formes de l'association en nom collectif une société qui, par son objet, présente les caractères d'une association en participation; ce caractère est indélébile ; il plane au dessus des conventions des parties qui n'y peuvent rien changer. C'est ce que décide, en effet, l'arrêt

de la Cour de Poitiers que nous avons déjà rapporté en disant : « Attendu qu'une telle société « (société pour la fabrication et la vente d'une « pompe propre à soutirer les vins), quoique faite « sous une raison sociale, ne présente point les « caractères constitutifs d'une société en nom col- « lectif ; que pour déterminer l'espèce d'une société « on doit considérer l'objet pour lequel elle a été « contractée, quelles que soient les clauses et stipu- « lations insérées dans l'acte qui la constitue.... »

Second système. — Le second système, moins absolu que le premier et que l'on peut appeler système mixte, s'attache bien, il est vrai, comme lui, à l'objet de l'association pour en déterminer la nature ; il reconnaît que pour qu'il y ait association en participation, il faut que l'opération en vue de laquelle les parties s'associent soit déterminée, unique, et déjà née au moment de la formation du contrat. Mais là où il s'en sépare, c'est lorsqu'il exige en outre qu'on n'ait rempli aucune des formalités nécessaires aux autres sociétés commerciales, telles que : nom, raison, signature sociale.

Ainsi donc le second système ne s'attache pas seulement à l'objet, mais aussi à la forme pour imprimer à l'association en participation son caractère distinctif ; en sorte que, quand bien même

une société aurait le caractère de la participation par son objet, elle cesserait de l'être si elle avait pris une raison sociale ou agi comme personnalité civile.

C'est ce que l'on peut induire de certains arrêts, notamment d'un arrêt de la Cour de Bruxelles du 18 juillet 1829.

« Attendu, dit cet arrêt, que les dispositions de « l'art. 42 du Code de commerce concernant la « remise au greffe des tribuaux de commerce d'un « extrait des actes de société commerciale et autres « formalités y prescrites à peine de nullité, ne sont « relatives qu'aux sociétés connues dans ledit « Code sous la dénomination de sociétés en non col- « lectif et en commandite; que la société en nom « collectif est celle qui se fait sous une forme ou « raison sociale, et la société dite en commandite « celle qui est régie sous un nom social..... » Donc l'association en participation est celle qui n'est ni faite sous une forme ou raison sociale, ni régie sous un nom social ; et qu'il suffirait de la revêtir d'une forme sociale, de lui donner un nom ou une raison sociale pour la transformer en l'une ou l'autre des sociétés précitées.

D'ailleurs, un arrêt de la Cour de Rouen, rendu le 19 janvier 1844, décide en termes clairs et précis ce que la Cour de Bruxelles laissait entrevoir seulement : « Le propre de toute association en par-

« ticipation, dit cet arrêt, est d'avoir pour but une « ou plusieurs opérations déterminées, prévues et « d'une durée limitée, et non une série d'opéra- « tions différentes et l'exercice d'un commerce « général.....

« Que son caractère spécial est en outre de « n'avoir ni nom, ni raison, ni signature sociale. »

Enfin la Cour de Nancy, tirant les conséquences de cette doctrine, a jugé dans un arrêt, en date du 22 mars 1831, que la qualification d'association en partication donnée à une société serait vaine, si dans leur contrat les parties avaient inséré des clauses incompatibles avec cette association, telles que : formation d'une raison sociale, création d'un patrimoine social distinct de celui des associés.

Les deux systèmes que nous venons d'exposer étaient, aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence, fatalement condamnés à tomber dans une contradiction flagrante : d'abord, parce qu'ils s'écartaient entièrement de la pratique et des traditions très anciennes du droit commercial, et que par ce motif là même, ils empêchaient l'association en participation de remplir le but et de rendre les services qu'elle est appelée à remplir et à rendre dans le commerce ; ensuite, parce qu'ils faisaient dire aux articles 47 et suivants du Code de commerce ce que ces articles sainement interprétés ne contiennent pas.

Nous avons vu, en effet, en étudiant l'historique de l'association en participation, que partout et toujours le trait caractéristique qui la distingue des sociétés commerciales ordinaires consiste, non pas dans la nature de son objet, mais, au contraire, en ce qu'elle est occulte et ne se révèle en façon quelconque au public, c'est-à-dire dans sa forme. Nous avons rapporté sur ce point les témoignages de Savary et de Pothier; nous nous contentons d'y renvoyer. Nous avons vu que dans la pratique les anciens se servaient de l'association en participation aussi bien pour des opérations d'une durée indéterminée, que pour des opérations accidentelles, passagères et d'une durée limitée.

Mais au défaut de la tradition, les partisans de ces systèmes peuvent-ils au moins trouver un appui dans les articles de notre Code de commerce ? Nullement : l'article 48, loin de resserrer le cercle de l'association en participation et de restreindre la liberté des conventions des parties, élargit au contraire l'un et l'autre. Il se contente de dire, dans des termes d'une généralité calculée, que l'association en participation est relative à une ou plusieurs opérations, sans dire si ces opérations doivent être liées entre elles, ou si elles peuvent être distinctes les unes des autres ; sans déterminer si elles doivent être simultanées ou successives ; il laisse la liberté la plus entière, la plus absolue aux

participants, relativement aux objets, aux formes de leur association et aux proportions d'intérêts qu'il leur plaît de convenir.

Aussi voyons-nous M. Pardessus lui-même, l'un des plus rudes champions du premier système, amené par la force des choses à transiger avec les principes qu'il avait si fermement posés. Voici comment il s'exprime (n° 1046 *bis*) : « Chaque « fois qu'ils (les juges) verront que les parties sont « convenues de faire ensemble une ou plusieurs « affaires déterminées, dont l'objet existe au mo- « ment de leur convention, encore bien que le « développement de ces affaires puisse et doive « créer une succession de négociations et d'opéra- « tions futures, ils pourront y voir une simple « association en participation et repousseront les « prétentions des tiers qui voudraient faire consi- « dérer les participants comme associés en nom « collectif. »

Ce n'est plus, disons-nous, cette doctrine rigoureuse et absolue qui n'admet la participation que dans le cas où il s'agit d'une ou plusieurs opérations déterminées, simultanées, et dont l'objet est né au moment de la convention ; il est obligé d'admettre la possibilité de l'introduction d'opérations futures, opérations, par conséquent, dont l'objet n'est pas né actuellement, mais qui découlent comme de leur source de l'opération première, qui

sont le produit du développement et de la mise à fin des opérations déterminées par la convention.

M. Pardessus prend soin lui-même de déduire les conséquences de cette concession car il ajoute: « Il serait difficile de considérer autrement que « comme une association en participation la con- « vention par laquelle celui qui a obtenu un brevet « d'invention s'associerait avec quelqu'un pour « l'exploiter ; ou la convention par laquelle plu- « sieurs personnes qui, achetant du breveté les « droits que la loi lui accorde, conviendraient d'en « faire l'exploitation pendant un certain temps ou « même pendant toute la durée du brevet qui est « nécessairement limitée.

« Il en serait de même de l'association de plu- « sieurs libraires pour faire imprimer et débiter « l'ouvrage composé par un auteur, ou de l'asso- « ciation que cet auteur ferait avec un ou plusieurs « libraires dans le même but. »

Quelle différence entre ces hypothèses et celles des arrêts sur lesquels s'appuyent les deux systèmes que nous avons étudiés! Comme elles sont loin d'être conformes aux principes dont ils se sont inspirés! Sont-ce là les opérations momentanées, accidentelles, passagères que les auteurs nous donnent comme types de l'association en participation? Est-ce une opération d'un moment que celle qui, bien qu'étant limitée à la durée d'un brevet,

peut avoir une existence de huit, dix ou quinze ans? Est-ce enfin une opération d'un moment ou même une opération limitée dans sa durée que celle qui consiste dans le débit de l'ouvrage composé par un auteur, alors que les éditions peuvent succéder aux éditions d'une manière indéfinie?

La jurisprudence devait nécessairement suivre, elle aussi, ce mouvement retrograde et tenter de sortir du cercle étroit dans lequel la doctrine l'avait enlacée. C'est ainsi que la Cour de cassation, appelée à statuer dans une affaire où il s'agissait de déterminer la nature d'une société formée pour l'exploitation d'un établissement de bains, décidait qu'il y avait là association en participation non assujettie, aux termes des articles 50 C. com. et 1873 C. c., aux formalités prescrites pour les autres sociétés, et à laquelle ne pouvait être appliquée la nullité prononcée par l'article 42. (C. C., req. 5 juillet 1825) (D., 25, 1,334; S. 25, 1,413.)

Ainsi encore un arrêt de la Cour de cassation du 22 mai 1832 (ch. req.), confirmant en cela les motifs d'un arrêt de la Cour royale de Paris en date du 28 février 1829 : « Attendu que la société avait pour « objet une opération particulière de commerce se « bornant à des affaires de commission ; qu'elle « avait les caractères non d'une société en nom « collectif, mais d'une association commerciale en

« participation ; qu'elle a été qualifiée ainsi dans « l'arrêt susdaté, et que cette même qualification « lui a été donnée dans la convention du 22 mai « 1826... » (D., 32, 1, 359.)

Un autre arrêt de la Cour de Rennes reconnaît que la société formée entre courtiers pour participation aux droits de courtage constitue une association en participation : « Attendu que l'article 632 « répute acte de commerce toute opération de « courtage, ce qui renferme implicitement tout ce « qui est relatif au courtage, et conséquemment « les droits à répartir entre les courtiers associés ; « que l'article 50 porte que les associations com- « merciales en participation ne sont pas sujettes « aux formalités prescrites pour les autres socié- « tés..... » (D. *J. G.* V° *société*, n° 1607.)

Ces arrêts sont déjà loin de ceux qui limitent la participation aux conventions qui n'ont pour objet qu'une ou quelques opérations déterminées ; nous les voyons, en effet, en ouvrir l'accès aux conventions embrassant toutes les affaires qui pourront se présenter, pourvu qu'elles soient de même espèce ou qu'elles se rattachent à une même exploitation.

Enfin, il nous reste un dernier argument qui à lui seul ne suffirait peut-être pas pour renverser les systèmes que nous combattons, mais qui, une fois la brèche ouverte, donne une force considérable au système que nous allons soutenir. Il suffit de

considérer les perplexités sans nombre, les difficultés insurmontables qu'ils rencontrent dans la pratique. Il devient, en effet, fort difficile de distinguer à la lueur du principe qu'ils mettent en avant, l'association en participation des sociétés en nom collectif et en commandite, car il n'est pas sérieusement contestable que les parties ne puissent à volonté former une société en nom collectif pour les différentes opérations que nous venons d'énumérer. N'y a-t-il pas là une confusion profondément regrettable et qui peut devenir une source de perturbations désastreuses pour la prospérité industrielle et commerciale.

C'est sans doute cette considération qui arrache à M. Pardessus cet aveu dans lequel il semble chercher un remède à ces graves inconvénients : « On peut donc, dit-il (n° 1046), dans l'état actuel « de la législation et de la jurisprudence, croire « que la distinction entre une association en par- « ticipation et une société en nom collectif est « laissée à l'appréciation des tribunaux. »

Tel est le dernier mot du savant jurisconsulte sur cette question capitale. Mais faire de ce point, qui intéresse au premier chef l'ordre et la sécurité des transactions commerciales et par contre-coup la fortune publique et la prospérité matérielle d'une nation, faire de ce point, disons-nous, une pure question de fait livrée à la souveraine appréciation

du juge du fait, n'est-ce pas donner un laisser passer à la confusion la plus inextricable et à l'arbitraire le plus désastreux?

La Cour de cassation, entraînée dans cette voie, a suivi la doctrine jusqu'à ses conséquences extrêmes.

La Cour de Paris, dans un arrêt du 13 juillet 1837, refusant de voir une société en nom collectif dans la réunion de deux personnes pour l'exploitation de compte à demi de la fabrication de la monnaie dans un lieu déterminé, avait décidé qu'il n'y avait là qu'une simple association en participation, en se fondant sur ce qu'aucune convention synallagmatique n'avait été rédigée et publiée par les parties, qu'aucune raison sociale n'avait été prise, et qu'aucune obligation collective n'avait été souscrite durant la société, et cela, bien qu'à l'opération du monnayage les associés eussent joint l'opération de l'affinage des métaux. Pourvoi devant la Cour de cessation qui, dans un arrêt doctrinal rendu le 8 janvier 1840. pose les principes suivants : « Attendu que la loi, après avoir successivement « défini trois espèces de sociétés de commerce, se « borne à reconnaître l'existence des associations « commerciales en participation ; qu'elle ne définit « point ces associations ; que loin de les assimiler « aux autres sociétés de commerce, elle ne désigne même point ceux qui s'y engagent sous le

« nom d'associés, mais sous celui de participants ;
« qu'elle énonce purement et simplement que ces
« sortes d'associations sont relatives à une ou
« plusieurs opérations de commerce ; que dans
« cet état de la législation, la question de savoir
« si une association commerciale constitue une
« pure association en participation ou une société
« qui a pour objet de faire le commerce d'une
« manière générale est une question de fait, exclu-
« sivement dévolue à l'appréciation du juge du
« fait..... » (Dal. J. G., n° 1608, 1°).

Ces conséquences ne nous démontrent-elles pas avec évidence la nécessité d'un principe certain qui permette d'asseoir une théorie sur des bases sérieuses et de reconnaître, dans tous les circonstances possibles, l'association en participation parmi les autres sociétés ?

Voyons donc maintenant qu'est-ce qui caractérise l'association en participation ?

Troisième système. — D'après le troisième système, auquel nous arrivons maintenant, lecaractère distinctif de l'association en participation n'est pas de ne s'appliquer qu'à des opérations déterminées à la fois dans leur nature et dans leur nombre. Tout au contraire, elle peut avoir pour objet une série indéfinie d'opérations, et par exemple toutes les affaires quelconques qui pourront se présenter

dans une branche de commerce. Ce n'est donc pas par son objet qu'il la distingue des autres sociétés, mais bien par sa condition et par son mode d'action : sa constitution ? Elle est essentiellement occulte et n'est revêtue ni d'un nom social, ni d'une raison sociale. Son mode d'action ? Il doit être individuel et chacun des associés agit séparément, de manière à ne point révéler l'association au public comme personnalité civile. Par suite, elle ne doit avoir ni patrimoine social ni siége social.

On peut donc réduire à deux les caractères de l'association en participation : 1° Elle est essentiellement occulte et ignorée du public ; 2° Elle n'a pas de patrimoine social distinct de celui des associés.

§ 1.

L'association en participation est occulte. Elle n'était, en effet, connue jadis que sous le nom de société anonyme ; « parce que, dit Savary, elle est « sans nom et qu'elle n'est connue de personne, « comme n'important en façon quelconque au « public. »

MM. Troplong, Bédarrides et Delangle se prononcent en ce sens ; ce dernier enseigne que l'association en participation est *sans nom, essentiellement occulte et clandestine*.

Enfin le Code de commerce consacre implicitement ce caractère de clandestinité; pourquoi dit-il, art. 50, que « les associations commerciales en « participation ne sont pas sujettes aux formalités « prescrites pour les autres sociétés, » si ce n'est parce qu'elles sont occultes de leur nature. Toutes les formalités prescrites pour les autres sociétés ont, en effet, pour but la publicité, et pour cause la nécessité de cette publicité; si la loi dispense les associations en participation de ces mêmes formalités, cette dispense n'a-t-elle pas pour but la clandestinité, et pour cause l'inopportunité de la publicité, ou plus encore, la nécessité de la clandestinité sans laquelle elles se confondraient avec les autres; c'est du moins la conséquence qui ressort de l'antithèse que semble établir la loi elle-même.

On peut voir dès maintenant que c'est à tort que l'arrêt de Poitiers du 11 mai 1825 a attribué le caractère d'association en participation à une association fondée sous une raison sociale.

L'association en participation étant occulte, c'est-à-dire inconnue du public, il s'ensuit que celui qui traite ave les tiers le fait toujours en son propre et privé nom, qu'il n'engage que lui seul; c'est encore Savary qui nous l'enseigne (*loc. cit.*). Nons aurons d'ailleurs à revenir sur ce caractère lorsque nous étudierons le fonctionnement de la participation, ou en d'autres termes les rapports

des associés avec les tiers. Voir en ce sens : MM. Troplong, nos 503 et suiv. ; Bédarrides, n° 433 ; Delangle, n° 600 ; Alauzet, n° 247.

Voici d'ailleurs quel est sur cette grave question le dernier mot de la jurisprudence des Cours d'appel et de la Cour de cassation elle-même, reconnaissant enfin le véritable caractère de l'association en participation. Le Tribunal de la Seine a rendu le jugement suivant le 23 février 1859 : « Attendu que dans la société dont il s'agit ne se « rencontrent pas les conditions d'une société en « nom collectif ; qu'elle a pour objet une associa- « tion de bénéfices obtenus par le concours des par- « ties, *sans raison sociale*, chacune d'elles exploi- « tant la chose commmune des parties ; que cette « société présente au contraire le caractère d'une « société en participation, etc.... »

Le 21 février 1860, arrêt de la Cour de Paris qui confirme. Pourvoi en cassation basé sur la violation des articles 42 et 48 C. com., en ce que l'arrêt attaqué considère comme association en participation non soumise aux formalités de l'article 42 une société non formée pour une opération unique et pour la durée de l'opération seulement, mais pour une suite d'opérations commerciales, ce qui lui donnait le caractère de société en nom.

La Cour de Cassation rendit son arrêt le 4 décembre 1860 : « Attendu..... que d'ailleurs ces

« faits, tels qu'ils résultent des constatations de « l'arrêt, ne constituent en effet qu'une suite d'opé- « rations faites en participation ; rejette. » (D., 61, 1,302.)

Citons encore un arrêt de la Cour de Paris du 7 février 1863, qui pose très fermement le principe et résout la question dans notre sens : « Consi- « dérant que le caractère d'une association doit « être apprécié d'après l'ensemble des conventions « intervenues entre les parties et l'intention qui « les a dictées ; qu'il est évident dans la cause, que « les contractants ont entendu former une asso- « ciation en participation ; qu'ils ont exprimé cette « volonté ; que rien dans leurs conventions n'est « venu détruire le caractère qu'ils ont voulu leur « donner ; qu'une participation peut avoir une « durée déterminée, comme aussi s'appliquer à « une série d'opérations ; que ce qui la caracté- « rise spécialement et la distingue des sociétés « commerciales énumérées au titre III, Code com- « merce, c'est l'absence de raison et de signature « sociales, d'installation commune pour le com- « merce, et enfin de tout ce qui constitue vis-à-vis « des tiers l'existence d'une individualité commer- « ciale, d'un être moral avec lequel on traite et qui « prend ou reçoit des engagements en dehors et « séparément des engagements personnels des « membres de l'association. » (D., 63, 2, 62.)

Au contraire, il suffit qu'une société commerciale ait une raison sociale pour qu'elle constitue une société en nom collectif. (Colmar, 23 juin 1857. D., 1858, 2, 44.) Et cela, alors même que dans l'acte social la société serait qualifiée d'association en participation et que le nom d'un seul des associés figurerait dans la raison sociale. (Bordeaux, 6 février 1849. D., 51, 2, 229.)

§ 2.

Le second caractère de l'association en participation est de ne pas confondre la propriété des mises, c'est-à-dire de ne pas avoir de capital social. Il n'y a de commun à tous les participants que le compte à établir des profits et des pertes. Hors ce point, tout est individuel dans les biens comme dans l'action.

Nous avons vu, en effet, avec quelle insistance les jurisconsultes italiens ont signalé ce caractère. Nous avons cité les paroles du cardinal Deluca, qui a mis le doigt avec une justesse parfaite sur ce côté sensible. Nous avons vu, en outre, comment l'autorité la plus imposante de l'Italie à cette époque, la Rote de Gênes, s'était ralliée à cette doctrine, en décidant qu'il ne faut pas confondre la société avec la participation qui ne donne droit qu'à un compte, et n'est qu'une affaire de participants à participants.

Enfin, nous avons assisté au concert unanime de nos anciens auteurs du moyen âge, qui tous proclament le même principe.

Le Code de commerce n'y a apporté aucune modification. Un certain nombre d'auteurs, qui ont écrit sur cette importante matière, reconnaissent à la participation ce caractère. (Conf., MM. Vincens, t. I, p. 379 ; Troplong, n° 500 ; Bédarrides, n° 433 ; Alauzet, *loc. cit.*).

« C'est là, dit M. Troplong, le signe caractéris-
« tique et saillant ; c'est par là que la participation
« n'est pas une vraie société. »

Cependant la jurisprudence n'a pas toujours partagé cette opinion. Ainsi, un arrêt de la Cour royale d'Aix, du 14 juillet 1826, rapporté dans Dalloz, 1826, 1, 361, a décidé que la participation, comme les autres sociétés commerciales, fait des mises respectives une copropriété sur laquelle les coparticipants ont un droit collectif. Mais les Cours d'appel, ainsi que la Cour de cassation, sont revenues, sur ce point comme sur le précédent, à l'application des vrais principes. Nous ne citerons, pour être bref, qu'un arrêt de la Cour de cassation confirmant un arrêt de la Cour de Caen, du 30 avril 1856 : « Attendu que l'arrêt, en examinant et
« en appréciant les faits de la cause, a reconnu
« qu'il n'avait jamais existé d'être moral consti-
« tuant une véritable société entre Sorrel et

« Pouettre ; — Qu'en effet, il n'y avait pas eu « d'apport social, de caisse sociale, rien de spécial « et de séparé, constituant une individualité dis- « tincte de celles de Sorrel et de Pouettre ; que « ceux-ci, pour leurs opérations, se donnaient « souvent l'un à l'autre des procurations, tous « faits qui excluaient l'idée d'une société en nom « collectif ; que la série des actes de Pouettre et de « Sorrel ne présentait que le caractère d'opéra- « tions isolées ; que..... l'arrêt attaqué a dû dé- « clarer en droit, comme il l'a fait, qu'il n'y avait « entre les parties qu'une suite d'opérations faites « en participation... »

Si l'association en participation doit être occulte dans sa constitution, individuelle dans son action, il est évident qu'elle ne doit pas plus avoir de siége social, de domicile spécial, qu'elle n'a de fonds social.

Mais, remarquons-le bien, cela ne veut pas dire que le propriétaire d'une chose, ou même que deux personnes copropriétaires par indivis d'une même chose, ne puissent en faire l'objet d'une association en participation. « Tous les jours, dit M. Troplong (n° 501), on voit le propriétaire d'un navire et d'une cargaison en céder une partie à un tiers avec lequel il s'associe, pour les bénéfices et pertes ; mais il ne résulte pas de là que le navire et la cargaison sont une propriété sociale : chaque par-

ticipant est copropriétaire en droit soi d'une chose simplement commune (Conf. Alauzet, n° 247), dans le second cas, chaque associé reste individuellement propriétaire de sa portion indivise, et il n'y a lieu comme dans l'autre cas qu'à un compte de profits et pertes. En d'autres termes, une association en participation peut avoir un fonds social s'il a été formé uniquement au point de vue de la répartition des bénéfices et des pertes.

Cela ne veut pas dire non plus que les associés en participation ne pourront avoir un domicile spécial, un siége social auquel auront lieu leurs relations mutuelles, et l'établissement des comptes ou des pertes ; ce qu'il ne faut pas, c'est que ce siége, ce domicile, soit en quelque sorte le quartier général d'une personne morale distincte de celle des associés.

Nous ne saurions mieux résumer toutes les idées que nous avons adoptées sur la matière qui vient de faire l'objet de notre étude, qu'en citant un arrêt de la Cour de Rennes du 28 janvier 1856, rapporté dans Dalloz, (56, 2, 182), dans lequel sont condensés tous les principes dont nous avons parlé. Suivant cet arrêt, le caractère distinctif de l'association en participation n'est pas nécessairement de ne s'appliquer qu'à des opérations déterminées à la fois dans leur nature et dans leur nombre ; on peut aussi voir une société de ce

genre dans celle qui a pour objet une série indéfinie d'actes commerciaux, limitée seulement par la durée même de la société, si la constitution de cette société et le mode d'action de sa personnalité civile la distinguent des autres sociétés commerciales. Et spécialement, doit être considérée comme une association en participation, et non comme une société en nom collectif, la société formée, pour une durée déterminée, entre diverses maisons de commerce (de roulage, par exemple), pour l'exploitation de leur industrie commune et dans le but d'éviter la concurrence, alors que cette exploitation ne doit pas avoir lieu sous une raison sociale, qu'il a été stipulé dans l'acte de société que les opérations seront traitées par chacune des maisons associées en son nom personnel et sous sa raison particulière, et que la société doit simplement aboutir à un partage proportionnel des bénéfices procurés par l'action individuelle et indépendante des diverses maisons dont elle se compose.

Peu importe que telle société ait un fonds social composé de la valeur estimative de chacune des maisons associées, s'il n'a été constitué qu'au point de vue de la répartition des bénéfices et des pertes ; ou qu'elle ait un siége particulier ou un conseil d'administration, si c'est principalement pour l'établissement et le contrôle de la comptabilité ; ou enfin que des faits d'exécution de cette

société aient pu devenir pour des tiers le principe d'une action contre ceux même des associés qui ne se sont pas personnellement engagés envers eux ; une telle action n'étant point incompatible avec l'existence d'une association en participation. Nous reviendrons sur ce point lorsque nous étudierons les rapports des associés avec les tiers.

Nous en avons fini avec les caractères de l'association en participation, sur lesquels nous nous sommes étendu longuement parce que, une fois nettement et fermement dégagés, ils nous fournissent la clef de presque toutes les autres questions au milieu desquelles les systèmes que nous avons combattus se débattent dans une inextricable confusion.

Avant d'aborder l'étude des rapports qu'engendre la participation, nous avons encore à examiner brièvement ; 1° quel peut être son objet ; 2° en quelle forme elle peut être faite.

CHAPITRE III

OBJET ET FORME DE L'ASSOCIATION EN PARTICIPATION.

SECTION PREMIÈRE

Objet de l'association en participation.

Nous n'avons pas seulement ici à nous conformer aux règles spéciales établies par les lois relatives à la participation seule, nous avons encore à considérer les principes généraux posés par le Code civil applicables à toutes les sociétés en général. L'article 1833 s'exprime ainsi : « Toute société doit avoir un objet licite et être contractée pour l'intérêt commun des parties. » Nous n'avons pas la prétention de nous lancer dans les détails de cette étude qui d'ailleurs nous entraîneraient au-delà des limites restreintes de notre sujet ; nous nous contenterons donc de dire qu'il faut appliquer le droit commun à la société particulière dont nous nous occupons, et que jamais elle ne peut avoir un objet illicite, sans rechercher parmi tous les objets qui peuvent se rencontrer lesquels sont licites, lesquels sont illicites.

Il est évident, en outre, que les parties doivent se

proposer un intérêt commun ; que la société léonine est interdite, qu'il s'agisse d'une association en participation ou bien qu'il s'agisse d'une société du droit commun.

Ceci posé, nous arrivons immédiatement aux quelques observations qui s'appliquent plus particulièrement à notre matière.

D'abord l'art. 48 C. de com. s'exprime en des termes absolument généraux. Après avoir dit que ces associations sont relatives à une ou plusieurs opérations de commerce, il ajoute : « Elles ont lieu pour les objets..... convenus entre les parties. » Il laisse donc sur ce point la plus grande latitude aux conventions qui peuvent intervenir entre les participants.

On comprend aisément qu'il est impossible de passer en revue tous les genres d'affaires qui peuvent être l'objet de la participation. La jurisprudence a eu à se prononcer sur un grand nombre de questions relatives à ce sujet ; nous en avons vu nous-mêmes quelques-unes en étudiant les caractères de notre association. Nous savons, en effet, qu'elle est relative à une seule opération, aussi bien qu'à une série indéfinie d'opérations, qu'elles soient de diverse nature ou qu'elles se rattachent à un même genre d'affaires ; que leur durée soit limitée ou non.

Nous avons rapporté un arrêt de la Cour de cas-

sation du 11 mai 1857, qui voit une association en participation dans une série d'opérations isolées accomplies de concert par deux négociants, soit conjointement, soit séparément, au moyen de procurations données par l'un à l'autre.

Un arrêt de la Cour de Bruxelles du 30 novembre 1831 (D. J. G., v°, *société*, n° 1618, 3°) considère que la convention par laquelle deux individus, sans adopter de raison sociale, s'unissent pour faire le commerce de charbons ensemble et fournir en commun à leurs pratiques respectives, est simplement constitutive d'une association en participation.

Il a été jugé encore : que l'acte par lequel deux individus s'associent pour trois ans, afin de faire le commerce de vins et conviennent que l'un achètera les vins sous son nom propre et les enverra à l'autre qui les revendra aussi sous son nom propre, pour les bénéfices à provenir de ces opérations être partagés entre les deux parties, ne constitue pas une société proprement dite et ne peut être considéré que comme une association en participation ; et qu'une telle société ne peut être annulée par le motif que la quantité et la qualité des vins n'auraient pas été déterminées, les usages du commerce devant, sur ce point, suppléer à la convention. (Bruxelles, 27 novembre 1830. D. J. G., v°, société, 1618, n° 5.)

Qu'une société ayant pour objet le transport ou voiturage des marchandises, sans terme limité, présente les caractères d'une association en participation, si elle n'est pas gérée sous une raison sociale. (Bruxelles, 11 décembre 1841, *loc. cit.*)

Ainsi toute opération se rapportant aux types principaux que nous venons d'énumérer peut faire l'objet d'une association en participation, pourvu que les parties n'aient employé aucune des formalités essentielles à quelqu'une des sociétés ordinaires.

Mais quelques difficultés se sont élevées sur certains cas particuliers qui se présentent fréquemment dans la pratique commerciale.

La convention formée entre plusieurs revendeurs, qui ont l'habitude de se rendre aux ventes publiques de meubles, dans le but de mettre en commun les achats qui seront faits par chacun d'eux, pour les partager après la vente, est-elle licite et peut-elle faire l'objet d'une participation?

D'abord une telle convention peut-elle faire l'objet d'une association en participation? Nous savons déjà qu'elle est contemporaine des foires et marchés du moyen âge, et Savary la comprend dans les quatre combinaisons qu'il propose comme types de l'association en participation. Pothier, de son côté, n'hésite pas à l'admettre, bien qu'avec une certaine restriction. Malgré ces traditions, il s'est

rencontré des auteurs qui enseignent que des personnes ne seraient point associées en participation par cela seul qu'elles auraient acheté certains objets en commun, si elle ne devaient pas les revendre à risques communs, mais bien les partager en nature, parce que, disent-ils, l'un des éléments essentiels de l'association en participation, c'est qu'il y ait une commune éventualité de profits et de pertes ; or cette éventualité n'existe pas dans l'hypothèse où l'on doit voir un état d'indivision qui devra cesser par le partage. Par exemple, il faudrait dire, ajoutent les mêmes auteurs, que ces personnes sont associées en participation, si elles devaient liciter entre elles les objets achetés en commun par l'opération dite du revidage; car alors la différence existant entre le prix d'achat et le prix de revente constituerait précisément ce profit ou cette perte en vue duquel l'association en participation pouvait valablement se former. Plusieurs arrêts ont consacré cette opinion à laquelle nous ne nous rallierons pas.

Il est incontestable d'abord qu'il y ait association en participation dans la dernière de ces deux hypothèses ; mais nous prétendons, en outre, qu'il y en a également une dans la première.

Il est certain qu'il faut bien se garder de confondre l'indivision avec la participation ; mais quel est précisément le cas où il y aurait communauté

ou indivision, c'est celui où des individus auraient acheté en commun des meubles ou immeubles dans l'intention d'en jouir en commun ; cette intention seule est constitutive de l'indivision.

Dans ce cas, en effet, on pourrait dire que les parties n'ont pas agi dans un but de spéculation et de lucre. Mais dans l'hypothèse qui nous occupe, cette intention de lucre et de spéculation ne ressort-elle pas du partage lui-même après lequel les associés pourront revendre, non plus en commun, mais séparément, les objets partagés, et réaliser ainsi l'éventualité de gain ou de perte qui a fait l'objet de l'association.

Il n'est même pas nécessaire de supposer chez les parties l'intention de revendre après partage. « Le partage opéré incontinent, dit M. Troplong « (n° 28), n'est un indice contraire à la société « qu'autant que l'intention des parties est équi- « voque. Mais si des faits graves en établissent « l'existence, on argumenterait vainement du par- « tage immédiat ; car très souvent *les bénéfices sont « obtenus par le seul achat de la chose ;* le but de « la société est dès lors rempli ; et l'opération « étant consommée, quoi de plus simple que de « partager sans délai ? L'important est qu'on ait « poursuivi un bénéfice et qu'on ait mis des capi- « taux en commun pour le réaliser. »

D'ailleurs, la Cour de cassation a eu à se pro-

noncer sur notre question, qu'elle a résolue dans notre sens : « Vu les articles 48 et 51 Cod. comm. ; « Attendu que la Cour d'Aix a constaté en termes « exprès par l'arrêt attaqué : « 1° que le 19 mars « 1835, onze marchands fripiers s'assemblèrent « et convinrent de se rendre en commun adjudi- « cataires de divers lots mis aux enchères par « l'administration de la marine ; » que toutes les « parties ont qualifié la cause comme étant le ré- « sultat d'une association en participation ; 2° que « s'il est vrai que la qualification donnée par les « parties à leurs conventions ne suffit pas pour « en déterminer le caractère et n'enchaîne pas les « tribunaux dans l'appréciation qu'ils doivent en « faire, il est également vrai que la convention « d'acheter en commun (convention constatée « dans l'espèce par la Cour royale) a suffi, aux « termes de l'article 48 Cod. comm., pour consti- « tuer une association en participation, soit que « les participants eussent dû revendre aussi en « commun, soit qu'ils aient dû seulement les par- « tager entre eux après leur achat; — que, dans « le premier cas, il y aurait eu société prolongée « d'achat et de revente, et, dans le second cas, « société bornée à l'achat, mais toujours société, « dans l'une comme dans l'autre hypothèse. »

Ainsi donc, la convention dont nous venons de parler est bien constitutive d'une association en participation ; mais est-elle licite ?

C'est ici que Pothier, tout en l'admettant, impose quelques restrictions : « Cette société est per-
« mise, dit-il (n° 62), lorsqu'elle ne tend pas à
« avoir les marchandises pour un prix au-dessous
« du juste prix, et qu'il se trouve à la vente un
« grand concours d'autres revendeurs que ces as-
« sociés. Mais si ceux qui auraient fait cette société
« étaient les seuls qui se trouvassent à cette vente,
« qui fussent en état d'y enchérir les meubles de
« prix, il est évident que cette société, qui tendrait
« à avoir des marchandises pour un prix aussi bas
« que celui qu'ils y voudraient mettre, renferme-
« rait une injustice. »

Sous l'empire de notre Code de commerce, il n'y a rien de semblable. Il n'y a qu'une seule restriction imposée à ces conventions, qui sont considérées comme illicites dans le cas seulement où elles portent atteinte à la liberté des enchères, par violences ou menaces. Il résulte, en effet, d'un arrêt de la Cour de Rouen, du 23 février 1832, confirmé par un arrêt de la Cour de cassation du 23 avril 1834 (D. J. G., v° *Obligation*, n° 581-2°), que l'on doit regarder comme contraires à l'ordre public les empêchements apportés par dons, promesses et conventions frauduleuses, à ce que les adjudications ne s'élèvent à leur véritable valeur ; et spécialement réputer frauduleuses les associations qui, par le nombre, les qualités, les manœuvres des associés, écartent les enchérisseurs.

Remarquons, pour en finir avec l'objet de la participation, qu'il faudrait en dire autant de la convention qui serait passée entre plusieurs négociants dans le but d'accaparer les marchandises d'une certaine espèce, afin d'en élever arbitrairement le prix.

Une telle convention tomberait sous l'application de l'article 419 du Code pénal qui rend passible d'un emprisonnement de un mois à un an et d'une amende de 500 fr. à 1,000 fr. tous ceux qui, par réunion ou coalition entre les principaux détenteurs d'une même marchandise ou denrée, tendant à ne pas la vendre, ou à ne la vendre qu'à un certain prix, ou qui, par des voies ou moyens frauduleux quelconques, auront opéré la hausse ou la baisse du prix des denrées ou marchandises, au-dessus ou au-dessous du prix qu'aurait déterminé la concurrence naturelle et libre du commerce.

SECTION II

Formes de l'association en participation

Au début de notre étude, nous avons vu, d'après Savary, en quelle forme était pratiquée au moyen âge l'association en participation.

L'ordonnance de 1673 ne s'en est occupée que pour consacrer la liberté des conventions à cet

égard. Elle porte, en effet, « qu'il y a des sociétés « anonymes (il faut entendre ici anonyme dans le « sens que lui donnent Pothier et Savary) qui sont « verbales, d'autres par écrit, et la plupart se font « par lettres missives que les marchands s'écrivent « réciproquement l'un à l'autre. » L'article 48 du Code de commerce a consacré ces traditions en n'imposant aucunes règles aux associés en participation et en leur laissant à cet égard toute liberté ; liberté que confirme d'ailleurs formellement l'article 50 en disposant que « les associations en par- « ticipation ne sont pas sujettes aux formalités « prescrites pour les autres sociétés.

Mais il peut arriver que son existence soit contestée soit par les tiers, soit par les membres eux-mêmes ; comment pourrait-on en fournir la preuve? Nous trouvons dans l'article 49 la réponse à cette question : « Les associations en participation « peuvent être constatées par la représentation des « livres, de la correspondance, ou par la preuve « testimoniale, si le tribunal juge qu'elle peut « être admise. »

1° Présentation des livres.

Mais de quels livres ? Evidemment il s'agit ici des livres de commerce. C'est presque toujours, en effet, entre commerçants que se forment les associations en participation ; or la loi oblige les commerçants à tenir certains livres (art. 8), parmi les-

quels le livre-journal sur lequel ils sont tenus d'inscrire jour par jour les dettes actives et passives, les opérations de leur commerce, leurs négociations..... et généralement tout ce qu'ils reçoivent et payent à quelque titre que ce soit. Ce livre-journal doit donc contenir la preuve des associations en participation que le commerçant aurait conclues avec d'autres commerçants, puisque tout ce qu'il a reçu ou payé à cette occasion doit y être mentionné ainsi que toutes les opérations qui s'y rattachent avec l'indication de la part que les tiers associés peuvent y avoir.

Mais il existe d'autres registres à la tenue desquels les commerçants ne sont pas astreints par la loi ; ceux-là aussi sont ils compris dans l'art. 49 ? Les termes sont trop formels et trop clairs pour qu'il puisse y avoir un doute à cet égard et il n'y a aucune distinction à faire. Tous les livres et registres, même irréguliers et ne pouvant faire foi en justice, peuvent être pris en considération comme éléments de preuve pour établir l'existence d'une association en participation. C'est, du reste, ce qui a été décidé par un arrêt de la Cour de cassation du 11 mai 1859.

Ajoutons que les commerçants étant obligés de tenir des livres de commerce, ils le sont également de les représenter à toute réquisition ; et en cas de refus de l'une des parties, les registres de l'autre feraient foi contre elle.

En supposant une association en participation formée entre commerçants, nous n'avons prévu que *id quod plerum que fit ;* mais il peut arriver qu'une telle association soit formée entre commerçants et non commerçants.

Ces derniers n'étant pas obligés de tenir des registres ne peuvent l'être de les communiquer, car à l'impossible nul n'est tenu. Les livres des associés commerçants feront-ils seuls foi contre les autres? Ce serait injuste et la partie ne serait pas égale. Aussi, bien que l'art. 49 s'exprime d'une façon générale, on ne peut guère admettre que le législateur ait entendu déroger en ce qui concerne les sociétés en participation à la règle consacrée par l'art. 1329, C. civ. et 12 C. com., qui décident que les registres de commerce ne font preuve qu'entre commerçants.

L'art. 49 énumère simplement les différents modes de preuves à l'aide desquels les associations en participation peuvent être constatées ; mais il ne s'ensuit pas que ces modes soient indistinctement admissibles dans tous les cas, et il est naturel de s'en référer à cet égard au droit commun. Nous avons en ce sens un arrêt de la Cour de cassation du 18 mars 1874, rapporté dans Dalloz (76, 1, 279). On emploiera donc pour le cas qui nous occupe quelqu'un des autres modes contenus dans notre article.

§ 2

Correspondance des parties.

Ce mode de preuve de l'association en participation, qui existait avant et sous l'ordonnance de 1673, peut être mis en œuvre aussi bien par les non commerçants que par les commerçants. On sait que tout commerçant doit tenir un registre de copies et lettres, qu'il est obligé de produire en justice à toute réquisition comme le livre journal.

Mais les non commerçants eux-mêmes sont admis à s'en servir; nous devrions dire *à fortiori*, car c'est bien souvent le seul moyen qu'ils aient de faire la preuve d'une convention de ce genre. C'est en effet par lettres missives que se forment le plus souvent les associations en participation; il est donc naturel de consulter cette correspondance pour y puiser la preuve du contrat ainsi formé.

Supposons qu'un commerçant, sur l'offre qui lui est faite d'entrer pour une part dans une opération, répond qu'il accepte cette part dans les bénéfices; *quid* des pertes ? Les principes et l'équité veulent que cette réponse emporte également participation aux pertes pour la même portion. (Bordeaux, 9 janvier 1826, *D. J. G. V° société*, n° 486). Pour qu'il en fût autrement, il faudrait une stipulation dérogatoire expresse, qui ne pourrait même alors jamais

aller jusqu'à laisser toutes les pertes à la charge d'un associé.

§ 3

PREUVE TESTIMONIALE.

Il résulte d'un arrêt du 28 Germinal an XII que la preuve testimoniale de l'association en participation n'était pas admise sous l'empire de l'ordonnance de 1673. Cet arrêt faisait une confusion manifeste, car l'ordonnance ne parlait que des sociétés ordinaires. Il était au moins difficile qu'elle prohibât un mode de preuve qui était souvent le seul pour établir l'existence d'un contrat qui se forme la plupart du temps verbalement et dont il n'existait de traces nulle part ailleurs que dans la mémoire de ceux qui avaient pu assister à sa conclusion. L'arrêt ci-dessus mentionné est d'ailleurs le seul que l'on trouve en ce sens. Quoi qu'il en soit de l'ordonnance de 1673, le Code de commerce l'admet formellement.

Lors de la discussion au conseil d'Etat de l'article 49, M. Treilhard demanda que la preuve testimoniale ne pût être admise qu'avec un commencement de preuve par écrit. Mais M. Regnault de Saint-Jean-d'Angely objecta que souvent la convention n'était que verbale, ainsi qu'on en use communément dans les foires et marchés. « On a vu, ajoutait-il, des marchés du plus grand intérêt

entre des personnes dont aucune ne savait écrire. Comment alors décider, si ce n'est *ex æquo et bono*, à moins qu'on ne prenne le parti de sacrifier un des contractants, ce qui serait d'une injustice revoltante ! » (V. Locré, *Espr. du C. de comm., sur l'art.* 49.)

D'ailleurs l'article 49, en autorisant la preuve testimoniale, ne l'impose pas au juge qui pourra l'admettre si les faits sont graves, précis et concordants, ou la rejeter s'il en est autrement. Une grave question a été posée à l'occasion de la preuve testimoniale appliquée à l'association en participation, question qui a été généralisée parce qu'elle se pose aussi naturellement pour les autres modes de preuve, savoir : si les tiers peuvent être admis à faire la preuve de l'association en participation.

La question s'étant élevée relativement à la preuve testimoniale, un arrêt de la Cour de Paris du 19 avril 1833 avait décidé que la preuve était admissible en faveur des tiers aussi bien qu'en faveur des associés. Nous pensons au contraire avec M. Bédarrides que cette solution est incompatible avec les caractères de l'association en participation. Rappelons-nous ce que nous avons dit à ce sujet : l'association en participation est essentiellement occulte et clandestine ; elle est réputée à l'égard des tiers comme absolument inexistante ;

comment dès lors seraient-ils recevables à en prouver l'existence? Ce raisonnement a la même force qu'il s'agisse de la preuve testimoniale ou qu'il s'agisse des autres modes de preuve. Logiquement, M. Bedarrides, qui n'interdisait aux tiers que la preuve testimoniale, se trouve amené à lancer contre eux une interdiction générale s'appliquant à tout mode de preuve.

Il la lève pourtant, et nous la levons avec lui dans deux cas seulement où il y aurait injustice à leur refuser ce droit. Si les associés ont eux-mêmes, par leurs propres faits et gestes induit en erreur les personnes avec lesquelles ils ont traité ; si, par exemple, ils ont, par leur immixtion dans l'administration du gérant, augmenté son crédit aux yeux des tiers, ceux-ci, devenus leurs créanciers, auront évidemment intérêt et qualité pour prouver l'existence de l'association en participation afin de faire déclarer les participants personnellement obligés à leur égard. (Voir en ce sens un arrêt de la Cour de Nancy, 3 février 1848, D. 48, 2, 183.)

En second lieu, si les créanciers personnels d'un des coparticipants veulent exercer les droits de leur débiteur, ils le pourront par application de l'article 1166 du Code civil. Ils peuvent, en effet, avoir le plus grand intérêt à provoquer le partage des bénefices ou la contribution aux pertes, et ils ne pourront le faire qu'en prouvant l'existence de

l'association en participation dont ils réclament l'exécution.

En résumé, toutes les fois que les tiers auront un intérêt grave, sérieux à établir l'existence de l'association, ils pourront le faire par tous les moyens autorisés par l'article 49.

Les trois moyens de preuve énumérés dans l'article 49 sont-ils les seuls autorisés par la loi?

Evidemment la loi, en favorisant d'un côté les associations en participation, n'a pas pu vouloir les restreindre de l'autre. Les parties pourront donc donner à leur contrat la forme d'un acte écrit et la rédaction de cet acte n'aura nullement pour effet de faire perdre à l'association le caractère de la participation ; mais hâtons-nous d'ajouter que si elles ont employé cette forme, elles devront se conformer aux règles établies par la loi, et notamment à la disposition de l'article 1325 relative aux actes sous-seing privé renfermant des conventions synallagmatiques. Par suite, leur convention ne sera valable qu'autant que l'acte sous seing-privé qui la contient aura été rédigé en autant d'originaux que de parties ayant un intérêt distinct. C'est ce que décide un arrêt de la Cour de Colmar du 28 août 1816. (D. J. G., v°, société, n° 1640.)

Pour en finir avec les modes de preuve de l'association en participation, disons qu'ils sont admissibles aussi bien pour les modifications, la disso-

lution et la liquidation de l'association que pour sa formation. C'est d'ailleurs ce qu'enseignent MM. Delangle (629, 630), Alauzet (255) et Troplong (913).

SECTION III

L'art. 48 ne se borne pas seulement à laisser aux parties la liberté de choisir les objets et d'arrêter les formes de leur association ; il l'étend encore aux proportions d'intérêts et aux conditions quelles qu'elles soient qu'il leur convient de stipuler. Cependant, malgré la généralité des termes de notre article, il faut convenir que cette liberté n'est pas absolument illimitée et que les principes du droit commun qui intéressent l'ordre public sont ici applicables comme dans les sociétés civiles. Ainsi il n'est pas permis de stipuler que l'un aura tous les bénéfices et que l'autre supportera toutes les pertes ; autrement dit, les conditions usuraires ou léonines sont interdites.

Il est à peine besoin de remarquer qu'il est également impossible de stipuler des conditions qui seraient incompatibles avec l'association en participation parce qu'elles en changeraient la nature.

Mais, par exemple, sera valable la stipulation par laquelle un associé se réserve le droit de prélever, avant tout partage des bénéfices, les capitaux qui composent sa mise avec les intérêts ;

c'est ce qu'a jugé un arrêt de la Cour de Rouen, du 19 janvier 1844. (D. J. G., v°, société, n° 1619). Il a été jugé également que la clause de remboursement en capital et intérêts de la somme apportée dans une entreprise n'est pas incompatible avec l'existence d'une association en participation. (Cas., 11 avril 1849. D. 54, 5, 719.)

Enfin, nous voyons encore dans un arrêt de la Cour de Liége que des associés en participation peuvent valablement stipuler qu'un tiers aura, en qualité d'amiable compositeur, le pouvoir de prononcer l'exclusion de la société contre tout associé qui manquerait à ses engagements. (Liége, 10 février 1852. D. 54, 5, 39.)

Nous savons maintenant ce que c'est que l'association en participation, pour quels objets et en quelle forme elle peut être constituée, enfin quels sont ses moyens de preuve; il nous reste encore à examiner quels sont ses effets et comment elle prend fin.

CHAPITRE IV

DES EFFETS DE L'ASSOCIATION EN PARTICIPATION

Les effets de l'association devront être envisagés sous un double point de vue : 1° Quant aux relations des associés entre eux ; 2° Quant aux relations des associés avec les tiers.

Mais avant d'entrer dans l'étude de ces différents points, nous avons à vider une question qui les domine tous et dont la solution est de nature à exercer une influence considérable sur chacun d'eux. Cette question est la suivante : l'association en participation constitue-t-elle une personne morale ? Il semble au premier abord qu'il suffit de poser la question pour la résoudre. Quelles sont en effet les conditions d'existence d'un être moral ? Un être moral doit avoir un nom, une raison qui le distinguent des individus ; l'association en participation n'a ni nom ni raison. Un être moral peut agir, traiter avec les tiers, s'obliger envers eux et les obliger envers lui ; l'association en participation est occulte et considérée comme inexistante à l'égard des tiers. Un être moral doit avoir des biens propres, un patrimoine, sur lesquels il s'oblige et un siége particulier où l'on puisse venir

le trouver ; l'association en participation n'ayant rien à démêler avec le public n'a ni patrimoine particulier ni siége spécial. Comment dès lors pourrait-elle constituer un être moral ?

Il y a donc lieu de s'étonner que des esprits judicieux comme MM. Merlin et Pardessus aient pris parti pour la personnalité de l'association en participation dans une consultation fameuse qu'ils avaient délibérée à l'occasion d'une affaire qui s'est présentée devant la Cour de Paris. Ce n'était d'ailleurs que la conséquence inévitable de leur théorie sur les caractères distinctifs de l'association en participation. Ce n'est pas toutefois sans hésitation que M. Pardessus est arrivé à lui reconnaître ce caractère vis-à-vis des tiers, hésitation qui prouve une fois de plus combien sa théorie le met mal à l'aise lorsqu'il s'agit d'en tirer les conséquences et qui nous confirme de plus en plus dans la nôtre ; mais une fois sur la pente, une logique impitoyable l'empêchait de reculer. (Voir en ce sens MM. Malepeyre et Jourdain, p. 264 ; Bravard, p. 88 ; Persil, p. 238.)

Mais cette théorie, après avoir été partagée par plusieurs arrêts, est venue se briser contre la jurisprudence de la Cour de cassation qui, depuis un arrêt du 2 juin 1834, rendu par elle après un examen approfondi dans la chambre du conseil, contrairement aux conclusions de la délibération

de MM. Merlin et Pardessus, n'a cessé de casser les arrêts des Cours d'appel qui voyaient encore dans l'association en participation une personne morale distincte de celle des associés. -

Nous ne pouvons passer sous silence les motifs si fermement déduits par l'arrêt en question : « Attendu, en droit, dit-il, que si les sociétés com- « merciales proprement dites, c'est-à-dire les so- « ciétés en nom collectif, en commandite et ano- « nymes peuvent être considérées comme des êtres « moraux, il n'en peut être de même pour les « associations commerciales en participation, dont « il ne faut pas confondre les effets avec ceux des « sociétés ordinaires ; qu'en effet, d'après les « usages du commerce et la jurisprudence exis- « tant sous l'ordonnance de 1673, auxquels il n'a « point été innové par le Code civil et par le Code « de commerce, l'entière propriété des objets mis « dans l'association en participation est légalement « censée résider sur la tête de l'associé adminis- « trateur, qui doit rendre compte à ses associés « des profits et pertes ; que le caractère qui dis- « tingue les associations commerciales en parti- « cipation ne consiste pas seulement en ce qu'elles « ont lieu pour les objets et aux conditions conve- « nues entre les participants, en ce qu'elles peu- « vent être constatées par la représentation des « livres, de la correspondance ou par la preuve

« testimoniale ; en ce qu'elles ne sont pas sujettes « aux formalités prescrites pour les autres sociétés ; mais il consiste plus particulièrement encore « en ce que l'ensemble des dispositions législatives, qui leur sont spéciales, en fait une espèce « de société qui, dans l'intérêt même du commerce, « au progrès duquel elle est essentiellement utile, « n'est représentée vis-à-vis des tiers que par un « des associés, qui traite avec eux en son propre « et privé nom et devient leur débiteur direct, à la « différence des autres sociétés qui, formées pour « une série d'affaires, sans restriction déterminée, « et accompagnées de formalités qui les font reconnaître du public, sont toujours, vis-à-vis des « tiers, représentées par une raison sociale, au « nom et pour le compte de laquelle se font les « traités et actes relatifs à la société.... » (Cass., 2 juin 1835, D. J. G., v° *Société*, n° 1656.)

Ce premier arrêt était bientôt suivi d'un arrêt conforme basé sur les mêmes motifs. (Cass., 19 mars 1838, *loc. cit.*)

Ajoutons, pour compléter notre démonstration, que la plupart des auteurs soutiennent cette théorie. Voir en ce sens : MM. Vincens, *Législ. comm.*, t. I, p. 378 ; Troplong, n^os^ 82, 512, 864 ; Bédarrides, n^os^ 433 et suiv. ; Alauzet, n^es^ 247 et suiv., etc ..

Ce principe, nettement établi au seuil même de notre chapitre, rien ne va plus nous arrêter, et

nous n'allons avoir qu'à en énumérer les conséquences les unes après les autres, en nous plaçant successivement aux deux points de vue auxquels nous devons maintenant étudier les effets de l'association en participation : « Dans les rapports des associés entre eux, et dans les rapports des associés avec les tiers. »

SECTION PREMIÈRE

Relations des associés entre eux

Ici le Code de commerce garde un silence absolu; nous aurons donc à nous référer aux dispositions générales réglant les droits et les obligations des associés entre eux, en ce qu'elles n'ont point d'incompatible avec les principes fondamentaux de l'association en participation.

La première obligation des associés les uns à l'égard des autres est de réaliser l'apport qu'ils se sont mutuellement promis. Pas de doute que l'article 1845 ne soit applicable ; seulement il y a entre les sociétés ordinaires et l'association en participation une différence notable quant aux effets de cette réalisation ; dans les unes, en effet, chaque associé se dépouille, en faveur de la société personne morale, de la propriété de sa mise, sur laquelle il ne retient qu'un droit de communauté ; dans l'autre, au contraire, chaque participant reste

propriétaire en droit soi de ce qu'il a promis à ses associés. Cette différence va nous fournir la solution d'une question, savoir : si la règle posée par l'article 1846 est applicable aux participants comme aux associés ordinaires.

L'article 1846 dispose, en effet, que « l'associé qui devait apporter une somme dans la société, et qui ne l'a point fait, devient de plein droit et sans demande débiteur des intérêts de cette somme, à compter du jour où elle devait être payée. »

L'affirmative a été soutenue par une confusion manifeste des principes en cette matière. La règle de l'article 1846 s'explique dans les sociétés ordinaires, car il y a un débiteur et un créancier, l'associé et la société, cet être moral dont le patrimoine se compose de la réunion des apports que doivent faire les associés ; or notre article, faisant exception à la règle de l'article 1153, d'après laquelle le débiteur en retard n'est tenu de payer à son créancier les intérêts de ce qu'il lui doit que du jour de la demande en justice, décide que l'associé les devra à la société du jour de l'échéance de sa dette et sans demande préalable.

C'est là une dérogation considérable au droit commun, qu'à défaut de texte spécial, nous ne consentirions pas à étendre même à des hypothèses identiques. A plus forte raison nous refusons de l'appliquer à une hypothèse absolument diffé-

rente. Dans l'association en participation, il n'y a pas d'être moral, par conséquent pas de fonds social et pas de créancier. Nous savons, en effet, que chaque associé reste propriétaire de sa mise, son obligation consistant uniquement à la mettre à la disposition de l'associé gérant qui devra à son tour l'employer à l'usage convenu. A qui donc et en vertu de quels principes les intérêts pourraient-ils être dus?

Pourtant, il faut une sanction contre l'associé qui refuse ou qui est simplement en retard d'exécuter ses obligations, car ce refus ou ce simple retard peut causer un préjudice considérable à son coassocié. L'obligation se résout alors en dommages-intérêts calculés sur le *quantum* du préjudice causé.

Un arrêt de la Cour de Poitiers, du 15 mai 1822, semble contredire notre théorie en disant que l'intérêt « ne court de plein droit et sans demande que contre l'associé qui devait apporter une somme dans la société et qui ne l'a point fait. » (Dalloz, J. G., v°, *société*, n° 1646.) Très bien ! lorsqu'il s'agit des sociétés ordinaires, mais nous persistons à croire que ce n'est pas également exact lorsqu'il s'agit de l'association en participation.

Mais je suppose que l'associé, au lieu d'être en retard, a fourni au contraire les fonds nécessaires ; a-t-il droit aux intérêts de ses avances à compter

du jour où il les a faites ? L'arrêt de Poitiers précité décide avec raison que ces intérêts ne courent pas de plein droit et qu'il ne peuvent être réclamés qu'en vertu d'une stipulation expresse. Le principe est, en matière de commerce aussi bien qu'en matière civile, que l'intérêt n'a pas lieu de plein droit, qu'il ne peut être exigé que lorsqu'il y a convention.

L'art. 1846 prévoyant le cas où l'associé aurait pris certaines sommes dans la caisse sociale pour son usage particulier, dispose qu'il en doit les intérêts à compter du jour où il les en a tirées.

Cette disposition est-elle applicable à l'association en participation ? La solution semble ressortir du seul exposé de la question. Comment, en effet, un associé en participation pourrait-il devoir les intérêts d'une somme prise dans la caisse sociale, puisqu'il n'y a pas de caisse sociale ? Pourtant, un arrêt de la Cour de Rennes, du 6 mai 1835, a décidé le contraire. Un contrat de pacotille avait été passé entre un négociant et un armateur ; l'armateur, après avoir touché une certaine somme sur le produit de la pacotille, l'avait employée à son usage personnel ; l'arrêt en question jugea que l'armateur était tenu envers le négociant des intérêts de cette somme à partir du jour où il l'avait touchée. (D., J. G. V° *Société*, n° 1647.)

Mais il a été décidé depuis, par un arrêt de la Cour de cassation, que dans une association en

participation, les capitaux employés par l'un des associés à son profit personnel ne sont pas de plein droit productifs d'intérêts à partir de cet emploi; il faut que ces intérêts soient demandés judiciairement. (Req. 11 mai 1857, D., 57, 1, 303.) Cet arrêt a rétabli la question d'après les vrais principes de l'association en participation qui avaient été manifestement confondus par l'arrêt de la Cour de Rennes avec ceux des sociétés de droit commun.

Ainsi donc en principe les associés en participation conservent la propriété de leurs mises; mais ce serait aller trop loin de dire que les participants ne peuvent, si telle est leur volonté, établir entre eux une communauté. Cette communauté résultant d'une convention expresse ne suffit pas à elle seule, si les participants n'ont jamais agi de manière à révéler une société, pour faire regarder la participation comme une société en nom collectif. Ce que nous voulons dire, c'est que la communauté des mises, loin d'être de l'essence de la participation comme elle l'est des autres sociétés commerciales, ne peut exister que par suite d'une stipulation particulière. « Dans la participation, dit « le Tribunal de commerce de Rennes, et à la dif- « férence de la société personne, dont l'être ou « préposé de raison, personnifié par le gérant, « représente les capitaux de tous les associés, et

« rend tous ceux-ci responsables, puisqu'ils l'ont « créée, il ne peut y avoir de patrimoine propre à « la société, distinct du patrimoine des associés ; « mais rien ne s'oppose cependant à ce qu'il y ait « mise en commun d'une chose, copropriété des « apports, puisque la loi a laissé toute liberté aux « participants pour régler à leurs convenances « leurs intérêts et leurs relations intérieures, « comme leurs rapports individuels vis-à-vis des « tiers. » Tribunal de commerce de Rennes, 17 août 1855, et Rennes, 28 janvier 1856. (*S. V.* 57, 2, 10.)

Mais en l'absence de stipulation formelle, chacun des coparticipants conserve la propriété exclusive des biens qu'il a apportés dans l'association, l'association en participation n'établissant par elle-même aucune copropriété sur leurs apports respectifs. (Cas. Req. 22 décembre 1874. D. 76. 1. 72 ; Req. 8 mars 1875. D. 76, 1,369.)

Mais de ce que chaque participant conserve la propriété de sa mise, s'ensuit-il qu'il en ait la libre disposition ? S'agit-il de meubles ? et c'est le cas le plus fréquent, l'associé qui les a conférés en les remettant aux mains de l'associé connu en a quitté la possession ; or le fait de la possession est ici considérable ; car le coassocié n'a pu aliéner sa chose que réserve faite des droits qui la grèvent, c'est-à-dire de l'obligation de contribuer aux char-

ges de l'affaire ; et les tiers qui l'ont acceptée ainsi ont dû savoir qu'il n'en avait pas la libre disposition.

Il y aurait pourtant exception dans l'hypothèse suivante. Pierre, négociant de Bordeaux, envoie des vins à Paul, négociant de Rouen, pour les vendre de compte à demi. Après les avoir reçus, mais avant de les avoir vendus, Paul tombe en faillite ; ses créanciers personnels veulent faire saisir les vins que Pierre revendique comme siens ; un arrêt de cass., du 7 août 1838 (D., 38, 1, 216), donne raison à ce dernier.

S'agit-il au contraire d'un immeuble? Oh ! alors, la situation est bien différente ; le propriétaire a conservé le droit d'en disposer *ad libitum* et les participants ne sauraient prétendre que des créances dites sociales devraient l'emporter sur les droits que des tiers de bonne foi auraient pu acquérir sur cet immeuble. C'est ce que décident deux arrêts de cassation, l'un du 1er juin 1845, l'autre du 19 juin 1838 (D., 34, 1, 202 ; — D., 38, 1, 102).

Une société en participation n'a, en effet, et ne peut avoir aucuns droits privilégiés à l'encontre des tiers. « Elle ne comprend, dit M .Troplong, que « des individus avec lesquels on traite avec « plus ou moins de sûreté, suivant qu'ils sont « saisis d'objets plus ou moins solides entre leurs « mains. »

L'association en participation est occulte de sa nature, avons-nous dit ; d'où nous avons tiré cette conséquence qu'il n'y a que le participant qui agit, qui est seul connu du public avec lequel il traite en son propre et privé nom. La situation de cet associé gérant peut être envisagée à un double point de vue. Il peut traiter, et c'est presque toujours ce qui a lieu, comme propriétaire de l'affaire ; il opère alors en droit soi, comme dit Savary, et ses coassociés ne peuvent le révoquer. Ils ont, en effet, suivi sa foi en l'investissant du droit absolu de traiter avec les tiers comme s'il était le maître exclusif de la marchandise qu'ils lui ont confiée. Ils n'ont conservé qu'un droit, celui de lui faire rendre compte de sa mauvaise gestion lorsqu'il s'agira de régler le compte des profits et pertes. Il répond, en effet, de son dol ou de sa faute vis-à-vis des coassociés ; mais ce qu'il a fait à l'égard des tiers est bien fait et ceux-ci ne peuvent être inquiétés.

Et non-seulement, dans cette hypothèse, l'associé gérant est maître de la chose qu'il a achetée pour le compte de l'association, s'il l'a achetée de ses propres deniers ; mais il est aussi maître et propriétaire des marchandises qu'il a achetées en son nom, quoiqu'il en ait fait l'achat non pas de ses propres fonds, mais des deniers de son coassocié. Tout ce qu'il doit à son bailleur de fonds,

c'est le compte du résultat de l'opération faite dans l'intérêt commun. Ainsi, d'une part, les marchandises pourraient être saisies entre ses mains par ses propres créanciers ; et d'autre part, si son coassocié bailleur de fonds venait à tomber en faillite, les crèanciers de ce dernier ne seraient pas fondés à saisir les marchandises sous le prétexte qu'achetées avec les fonds de leur débiteur, elles sont devenues sa propriété dès le moment de l'achat. C'est là encore une des conséquences du principe de l'absence d'être moral et de patrimoine social dans l'association en participation. Un arrêt de Rouen, du 19 janvier 1844, a jugé qu'en raison de ces circonstances un participant n'a aucun droit de préférence pour obtenir le remboursement de ses fonds sur l'actif de son coparticipant.

Un autre arrêt de cassation a décidé que tout se résout à un compte de bénéfices et pertes. (Req. 15 juillet 1846, D. 46, 1, 273.)

Mais il en est tout différemment lorsque le participant actif a reçu mandat de son coparticipant pour mener à fin l'affaire dont les résultats doivent être partagés. Alors il n'est plus le seigneur et maître de l'affaire ; il joue simplement le rôle d'institeur, il n'agit que comme fondé de pouvoirs du bailleur de fonds en vertu de la procuration de ce dernier ; et les marchandises dans, cette hypo-

thèse, sont ce qu'elles étaient dès le principe, la propriété du mandant. Dès lors ce sont les conséquences inverses qui se produisent : ainsi les créanciers du mandataire ne pourraient saisir les marchandises confiées à ses mains; leur droit se résout simplement, comme pour les coparticipants dans l'hypothèse inverse, à demander, l'opération achevée, du chef de leur débiteur, le règlement du compte.

« Mais remarquons-le bien, dirons-nous avec « M. Troplong, que la propriété appartienne au « participant connu ou aux anonymes, il n'en « résulte pas moins qu'elle n'est pas sociale, et « que d'un côté ou de l'autre, elle tombe toujours « dans un patrimoine privé. »

Pour en finir avec les relations des associés entre eux, il nous reste à examiner comment se fait la répartition des bénéfices et des pertes. En l'absence de tout texte spécial, c'est aux règles posées par l'article 1853 qu'il faut avoir recours. Ainsi, lorsque les parties n'ont rien dit au sujet de la part à revenir à chacun des associés dans les bénéfices ou pertes, la part de chacun est dans la proportion de sa mise dans l'opération ou les opérations qui font l'objet de la société. (Art. 1853, 1er alin.)

Si la proportion dans l'intérêt est d'un tiers et que les parties n'aient rien fixé dans les pertes, pas de doute que l'associé ne doive aussi en sup-

porter un tiers. Mais l'associé qui n'a pas agi, qui a constamment gardé l'incognito vis-à-vis des tiers, sera-t-il tenu de la perte *in infinitum* envers son coassocié dans la proportion de son intérêt, ou bien jusqu'à concurrence seulement des fonds qu'il a fournis? « *Participes non tenentur nisi ad ratam* « *capitalis proquo participant in negotio*, » dit Casaregis (disc. 39), et la Rote de Gênes (décis. 14, n° 131) s'exprime en termes analogues: « *Participes non tenentur nisi pro summa quam exposuerunt ni* société. »

Dans la jurisprudence française, il en est et il en a toujours été autrement: l'associé participant inconnu est tenu *in infinitum* pour sa part dans la société, envers l'associé principal et connu, des dettes que ce dernier a contractées.

C'est d'ailleurs l'interprétation la plus naturelle de la convention des parties, qui, en faisant une association en participation, sont réputées avoir accepté d'avance le résultat bon ou mauvais de l'opération dans toute son étendue. A moins que, usant de la liberté qui leur est accordée par l'article 48, relativement au règlement des proportions d'intérêts, elles n'aient dérogé au droit commun par une stipulation expresse et formelle. Cette liberté toutefois est limitée par l'article 1855, qui déclare nulle la stipulation qui affranchirait l'un des associés de toute contribution aux pertes.

Une association en participation a été formée entre trois personnes dont l'une tombe insolvable ; les deux autres, au lieu de supporter chacune un tiers des pertes, devront en supporter la moitié. (Cass., Req., 29 mai 1845, D. 45, 1, 349.)

A quel moment doit se faire le compte de profits et pertes entre les associés en participation ?

La question se présente dans une double hypothèse. Nous savons en effet que l'association peut avoir pour objet non-seulement une seule opération, mais qu'elle peut aussi embrasser toutes les opérations quelconques qui se présentent dans un certain genre d'industrie.

Dans la première hypothèse, pas de difficulté ; c'est naturellement à la fin de l'opération qu'il y a lieu pour les associés d'entrer en compte et de répartir entre eux le profit et la perte.

Dans la seconde hypothèse, la question n'est pas aussi simple et deux systèmes se sont produits : l'un qui soutient que c'est seulement lorsque l'association sera arrivée à son terme que les parties entreront en compte ; l'autre, au contraire, qui veut que l'un des associés puisse, pendant la durée de l'association, demander l'établissement du compte soit pour obtenir sa part des bénéfices réalisés, soit pour contraindre son coassocié à contribuer pour sa part aux pertes éprouvées.

Pour le premier système, M. Ph. Dupin disait

dans une consultation délibérée pour une affaire qui s'est présentée devant la Cour de Rouen :

« Cette dénomination caractéristique et si vraie « de compte en participation donnée autrefois à « ce genre d'association, s'est maintenue dans les « usages et dans la langue du commerce ; elle a « même été consacrée dans l'espèce par les déci- « sions rendues.

« Or, de ce que l'association en participation « n'a pour objet que des opérations limitées à cer- « taines choses, soit certaines affaires une fois « faites, soit des affaires quelconques pendant un « certain nombre d'années, il s'ensuit que tant « que l'association n'est pas arrivée à sa fin, le « compte des parties ne peut être arrêté ; il ne « peut y avoir que des aperçus auxquels chaque « jour apporte des changements.

« En un mot, de ce que l'état de participation, « d'après l'usage et d'après la chose jugée dans « l'espèce même, constitue les parties en état de « compte, il suit que, jusqu'au dressement définitif « de compte, tout reste en question ; ce n'est que « par l'apurement du compte que la position des « parties peut devenir liquide et certaine, et cet « apurement ne peut avoir lieu qu'au moment où « l'association prendra fin, soit par la cessation « des opérations qui en font l'objet, soit par l'é- « chéance du terme. Aussi l'un des plus substan-

« tiels auteurs qui aient écrit sur notre Code de « commerce, M. Emile Vincens, dit-il, en parlant « des participants : « Ce n'est que pour le profit « ou la perte finale et non pour la propriété qu'ils « sont associés. » (*Législ. comm.*, T. II, p. 380.) (Voir la note 1 de l'arrêt de la Cour de Rouen. D. 46, 2, 6.)

Ainsi, d'après M. Dupin, la situation des participants doit rester incertaine pendant toute la durée de leur association, quelque longue qu'elle soit ; point de liquidation à faire jusqu'à son terme ; « ce « serait, dit-il, vouloir bâtir avant que les maté- « riaux fussent réunis. »

Cette doctrine nous paraît trop rigoureuse et trop contraire aux intérêts mêmes du commerce ; nous nous rattachons donc volontiers à la doctrine du second système, qui a d'ailleurs été consacrée par l'arrêt dans l'expèce duquel M. Dupin avait donné sa consultation. Quel inconvénient pourrait offrir un règlement périodique annuel ? Il nous semble qu'au contraire l'autre système en entraîne un très grand, soit qu'il y ait des bénéfices, soit qu'il y ait des pertes. S'il y a des bénéfices, il en prive injustement l'un des associés pendant toute la durée de l'association ; s'il y a des pertes, pourquoi en faire supporter tout le poids à celui-là seul qui les a directement subies jusqu'au même terme.

Mais, dit-on, les pertes qui existent une année

pourront être couvertes par les bénéfices de l'année suivante, *et vice versa*. Il nous semble que la situation de chacun des participants sera bien plus nette si les pertes sont partagées définitivement à la fin de la mauvaise année et les bénéfices à la fin de la bonne, car il y aura compensation. Cette solution est équitable et conforme d'ailleurs aux usages du commerce.

Mais alors, sur quelle base devra être établi ce compte annuel ? Le même arrêt décide que le compte devra être établi sur les évaluations des inventaires, dans le cas même où il aurait été stipulé entre les parties que les soldes de chaque inventaire seraient passés en crédit ou en débit, ces expressions impliquant, dans le langage du commerce, l'idée de la reconnaissance d'une créance ou d'une dette définitive et liquide. (Rouen, 31 juillet 1845; D., 46, 2, 6.)

Mais, remarquons-le bien, on ne pourrait comprendre dans le partage effectif d'une association en participation un bénéfice non encore réalisé ou même litigieux. Ainsi, il a été jugé qu'un associé ne peut être tenu de verser entre les mains de ses coassociés, sous la réserve d'un recours ultérieur contre eux, une partie d'un à-compte reçu par lui, mais qui est l'objet d'une action en répétition de la part du débiteur avec lequel il a seul traité. (Civ. cass., 20 mai 1874; D., 75, 1, 39.)

SECTION II

Relations entre les tiers et les associés.

Ces relations peuvent être envisagées à un double point de vue : 1° à l'égard de l'associé ganr étseul ; 2° à l'égard de l'associé gérant et des autres coparticipants.

§ 1

RELATIONS ENTRE LES TIERS ET L'ASSOCIÉ GÉRANT AVEC LEQUEL ILS ONT TRAITÉ.

Rappelons en deux mots les caractères de l'association en participation ; d'abord, n'ayant ni raison, ni signature, ni siége social, elle est essentiellement occulte et considérée à l'égard des tiers comme n'existant pas ; en outre elle ne peut avoir de patrimoine social distinct de celui des associés. D'où nous avons tiré cette conséquence, consacrée d'ailleurs par la jurisprudence, qu'il ne peut y avoir de créanciers sociaux. Les tiers qui ont traité avec l'associé gérant sont tout bonnement considérés comme ses créanciers personnels ; donc point de privilége en leur faveur sur les biens mis dans l'association dont leur débiteur est propriétaire, notamment sur ses immeubles, à l'encontre de ses autres créanciers personnels auxquels ils sont complétement assimilés.

§ 2

RELATIONS ENTRE LES TIERS QUI ONT TRAITÉ AVEC L'ASSOCIÉ GÉRANT ET LES AUTRES COPARTICIPANTS.

L'associé gérant peut avoir contracté avec les tiers plusieurs sortes d'engagements :

1° Il peut avoir contracté pour son propre compte. Dans ce cas il n'y a aucune difficulté, car il est hors de doute qu'un associé en participation n'est pas obligé envers les tiers à raison des engagements contractés par son coassocié, lorsque rien ne constate que ce coassocié ait agi pour le compte de la société, et s'il apparaît au contraire qu'il a agi pour son compte particulier.

2° L'associé gérant a contracté pour le compte de la société.

C'est ici que se place la question de la solidarité des coparticipants pour les engagements contractés par l'un d'eux. D'après les principes que nous avons posés et sur lesquels nous devons avoir constamment les yeux fixés dans toutes ces questions, il est certain que les associés en participation ne sont point tenus directement envers les tiers des obligations cntroactées par l'un d'eux en son nom personnel même pour le compte de la société ; celui qui contracte n'oblige que lui seul à moins de convention contraire. « Du reste, dit M. Troplong, « n° 826, on pressent que la question de réflexion

« solidaire ne peut pas même être posée dans la « société en participation ; car dans cette espèce « d'association tout se renferme dans des rapports « intimes et secrets ; il n'y a pas de gérant pour « le public ; il n'y a qu'une personne privée agis- « sant seule et sous son propre nom. » C'est d'ailleurs ce qui a été décidé par plusieurs arrêts, notamment : Paris, 22 novembre 1834 ; cassation, 8 janvier 1840 ; (D. *J. G. V° société*, 1663, n° 1) ; Bruxelles 15 avril 1848. (D. 49, 2, 227) ; Agen, 23 novembre 1853 ; Bordeaux, 25 juin 1853 (D. *J. G.*, *loc. cit.*), qui tous décident que les associés en participation ne sont pas tenus solidairement des obligations contractées par l'un d'eux ; que le participant qui contracte n'oblige que lui seul, à moins de convention contraire.

Mais une autre question est née de celle que nous venons de résoudre, et on a demandé s'il n'y avait pas lieu de distinguer entre le cas où l'opération avait profité à l'association tout entière et celui où elle n'en avait tiré aucun profit.

MM. Merlin et Pardessus ont soutenu que dans la première hypothèse il y a lieu à solidarité entre les associés, car, dit le savant procureur général : « quand on justifie de l'emploi des deniers au « profit de la société ; quand il est prouvé que les « deniers empruntés par l'un des associés, en son « nom seul, ont été versés dans la caisse commune,

« *in communem arcam*, chacun des associés est « tenu, et le fait de l'un est regardé comme le fait « de l'autre..... Il est donc bien constant, ajoute- « t-il plus loin, que dans le cas d'une société ano- « nyme (en participation), l'associé qui emprunte « ou qui achète seul en son nom singulier, ne laisse « pas de lier ses associés secrets, dès qu'il existe « des preuves de l'emploi des deniers ou des mar- « chandises au profit de la société. »

Ainsi s'exprimait M. Merlin sous l'empire de l'ordonnance de 1673, dans des conclusions sur lesquelles fut rendu un arrêt du 28 germ. an XII. (Quest. de dr. v° *Société,* § 2.)

Examinant plus tard la même question sous l'empire du Code de commerce, il disait : « Or, « quelle est, suivant les principes du droit commun, « la position de deux associés en participation « vis-à-vis des tiers ? La règle générale est sans « doute que les tiers n'ont d'action que contre celui « des deux avec qui ils ont contracté. Mais à côté « de cette règle, l'équité, la bonne foi, la grande « maxime de droit naturel que nul ne peut s'en- « richir aux dépens d'autrui, exigent impérieuse- « rement que l'on place une exception pour le cas « où les coparticipants ont publiquement et notoi- « ment opéré comme tels et où les tiers qui ont » contracté avec l'un d'eux prouvent que le produit » du contrat est entré dans l'actif de l'association. » (Quest., v° *Société*, § 2, n° 2.)

Evidemment Merlin fusionne dans ces dernières paroles deux hypothèses bien distinctes, car ce n'est pas tant parce que l'opération a profité aux coassociés qu'il les déclare solidairement obligés envers le créancier du gérant, que parce qu'ils ont agi notoirement et publiquement comme solidaires. Dans ce cas, ils n'avaient de participants que le nom, puisqu'ils ne sont pas restés étrangers à l'opération ; et nous nous rangeons volontiers à l'avis de la Cour d'Aix qui, dans un arrêt du 4 juin 1868, rapporté dans Dalloz, 69, 2, 242, décide qu'on doit déclarer débiteur solidaire des engagements du gérant le coparticipant dont l'immixtion dans l'administration de ce gérant est assez fréquente et assez publique pour avoir eu de l'influence sur le crédit des tiers ; nous croyons encore, avec un arrêt de la Cour de Limoges du 19 juillet 1839 (J. G., v° *Société*, 1868, 1°), que si, en principe, la solidarité entre les associés en participation n'existe pas, sans stipulation expresse de leur part, il y a dérogation à cette règle lorsque les coparticipants ont notoirement et publiquement opéré comme solidaires, et que les tiers qui ont contracté avec l'un d'eux prouvent que les objets fournis ont été employés au profit commun de la société.

Mais dégageons les deux hypothèses et prenons la question telle que nous l'avons posée. Il faut

écarter, croyons-nous, la solution qui lui a été donnée par les deux jurisconsultes. En effet, dans les sociétés de droit commun, l'associé qui contracte en son nom privé n'oblige point la société alors même que l'obligation lui aurait profité ; et dans ce cas le créancier n'a point d'action directe contre les coassociés du contractant ; il ne peut mettre en jeu que l'action oblique que l'article 1166 accorde à tout créancier. Or, s'il en est ainsi en matière de société ordinaire, à plus forte raison doit-il en être de même en matière d'association en participation, où l'associé agissant n'est pas, vis-à-vis des tiers, le représentant de ses coassociés. Presque tous les auteurs anciens et modernes ont soutenu cette doctrine.

Donc, en règle générale, pas de solidarité entre les coparticipants, sauf deux exceptions :

1° Celle où il y a stipulation formelle contraire ;

2° Celle où les coparticipants ont agi comme associés solidaires ;

3° Le gérant peut encore avoir traité *nomine sociali*. Nous supposons que le gérant, au lieu de se conformer aux véritables principes de la participation en contractant avec les tiers en son propre et privé nom, sauf partage ultérieur des profits et pertes, a déclaré dans ses négociations qu'il traite au nom de la société, *sociali nomine*, bien qu'il n'ait reçu aucun pouvoir de ses coparticipants de

traiter en leur nom et de les obliger. Nous croyons qu'il faudrait alors appliquer par analogie la disposition de l'article 1864.

Cet article décide que la stipulation, que l'obligation contractée pour le compte de la société ne lie les autres coassociés que si la chose a tourné au profit de la société. Les tiers ne peuvent alors exercer contre eux que l'action « *de in rem verso* ; » action fondée sur ce principe d'équité que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui ; mais c'est à eux qu'il incombe de prouver que la chose a tourné au profit de l'association. Hâtons-nous toutefois de remarquer qu'ici il y a une différence profonde avec le cas précédent ; cette action, au lieu d'être solidaire, devra être restreinte, à l'égard de chacun, à la part qu'il aura retirée du profit de l'opération.

Il peut arriver que le coassocié au nom duquel le gérant a contracté sans pouvoir, refuse d'accepter le résultat de l'opération, surtout lorsqu'il est mauvais. Pourra-t-il y être contraint par le créancier? Non évidemment, mais ce refus d'acceptation entraîne à sa suite un droit corrélatif en faveur du créancier qui, n'ayant contracté que sous la foi de sa solvabilité et dans la conviction de l'avoir pour obligé, ne peut être forcé d'exécuter la convention ;

4° Droits des tiers du chef de l'associé débiteur. — Les tiers qui n'ont traité qu'avec le gérant

seront-ils toujours désarmés contre les coparticipants de leur débiteur retranchés derrière leur incognito, comme derrière un rempart inexpugnable? Jamais la loi ni la jurisprudence n'ont accordé à ceux-ci un semblable privilége.

Conformément aux principes généraux, les tiers pourront toujours exercer du chef du gérant, leur débiteur, les droits qui peuvent appartenir à ce dernier contre ses coparticipants. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation, dans un arrêt du 11 avril 1849 (D., 54, 5, 719). Les créanciers peuvent exercer tous les droits de leur débiteur contre les associés de celui-ci; tous ses droits, disons-nous, mais rien que ses droits. Ainsi, lorqu'une saisie-arrêt a été pratiquée par le créancier d'un associé sur des fonds appartenant à la société, le dessaisissement ne peut être ordonné que pour avoir lieu après la liquidation de cette société. (Rennes, 9 juin 1815; D., J. G., n° 1671.)

Il est presque inutile d'ajouter, malgré un arrêt contraire de Metz, 21 juillet 1821, que le créancier envers lequel un membre d'une société en participation a contracté des dettes dans l'intérêt de la société, ne peut, en se mettant au droit de son débiteur, exercer une action solidaire contre les coassociés de ce dernier, la solidarité n'existant pas d'associé à associé.

Ainsi donc les tiers n'ont aucune action directe

contre les coparticipants de leur débiteur ; réciproquement ceux-ci n'ont aucune action directe contre les tiers. C'est ce qu'a jugé la Cour de Bastia dans un arrêt du 25 avril 1855 (D., J. G., 1672), dont nous voulons en terminant reproduire les motifs suivants : « Considérant, dit-elle, que l'association « en participation ne constitue pas une société « véritable ; qu'elle ne forme pas un être moral et « ne confond pas la propriété des mises ou apports « des participants ; qu'elle a seulemeut pour but « le partage des bénéfices ou des pertes d'une ou « plusieurs opérations prévues et déterminées ; — « que la loi reconnaît mais ne règle pas l'associa- « tion en participation ; qu'elle l'affranchit au « contraire de toutes les formalités auxquelles les « autres sociétés sont soumises ; que son existence, « qui n'est révélée par l'accomplissement d'aucune « prescription légale, ne peut pas plus être invo- « quée par les participants contre les tiers, qu'elle « ne pourrait l'être que par les tiers contre les « participants eux-mêmes. »

CHAPITRE V

DISSOLUTION DE L'ASSOCIATION EN PARTICIPATION

Il ne nous reste plus qu'à voir brièvement quels sont les modes de dissolution de l'association en participation, les formalités de cette dissolution et enfin quelques-uns des effets qui en découlent.

SECTION Ire

MODES DE DISSOLUTION DE L'ASSOCIATION EN PARTICIPATION

Nous n'avons qu'à appliquer ici les principes généraux en matière de société. Voici comment s'exprime l'article 1865 : La société finit : 1° par l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée ; 2° par l'extinction de la chose ou la consommation de la négociation ; 3° par la mort naturelle de quelqu'un des associés ; 4° par l'interdiction ou la déconfiture de l'un d'eux ; 5° par la volonté qu'un ou plusieurs expriment de n'être plus en société. »

Nous ne nous étendrons pas évidemment sur tous ces cas de dissolution ; cela nous conduirait bien au-delà du cadre que nous nous sommes tracé ; nous nous contenterons d'étudier seulement les circonstances spéciales à la dissolution de l'association en participation.

Remarquons d'abord qu'une des causes les plus

fréquentes de la dissolution de la participation, c'est la conclusion ou l'impossibilité d'arriver à la conclusion de l'affaire pour laquelle l'association a été contractée. A partir de ce moment, les pouvoirs du gérant expirent, ou du moins il doit se renfermer dans des actes de liquidation. Ainsi une association en participation avait été formée pour l'armement d'un navire ; la confiscation et la vente de ce navire amenèrent la dissolution de l'association. Eh bien ! il a été jugé, dans cette circonstance, que si une indemnité a été accordée aux coparticipants à raison de la confiscation du navire, et que le gérant ait cédé cette indemnité à un tiers, la cession ne peut valoir que pour sa part dans la société. C'est ce qui résulte d'un arrêt de la Cour de Paris, du 25 juillet 1835, confirmé par un arrêt de Cass., du 17 avril 1838. (S. V. 38, 1, 845.)

Hâtons-nous d'ajouter, toutefois, que ce principe n'est pas absolu dans la pratique commerciale ; on ne voit pas pourquoi, en effet, l'association en participation qui a existé pour l'exploitation d'une chose ne pourrait pas continuer d'exister lorsqu'il s'agit de recueillir les débris de cette chose, et rien ne nous paraît empêcher que dans l'intérêt du plus grand nombre, le gérant n'ait, pour tirer le meilleur parti possible des restes de l'affaire, les mêmes droits qu'il avait auparavant

pour l'administrer. Ainsi, il a été jugé que lorsque, de deux associés en participation, l'un fait faillite avant que l'opération qui était l'objet de la société ait été consommée, l'autre associé a seul le droit de la terminer, sauf à rendre compte aux syndics de son résultat. (Rouen, 30 avril 1810 ; D., J. G., v° *Commissionnaire*, n° 163.)

Que le décès d'un des participants entraîne la dissolution de l'association cela ne fait aucun doute ; c'est une conséquence de *l'intuitus personæ* qui existe ici comme dans les sociétés de droit commun. Il y a cependant une distinction à faire qui est dictée par l'équité même : l'associé décédé était-il simplement bailleur de fonds, ou bien devait-il coopérer activement à l'œuvre qui faisait l'objet de l'association ? S'il n'a fait que fournir les fonds nécessaires à l'opération, nous pensons que sa mort ne met pas fin à l'association ; mais il en est autrement, croyons-nous, dans la seconde hypothèse, parce qu'alors la confiance toute personnelle qu'il inspirait est présumée avoir été la condition déterminante de l'association. Dans le premier cas le contrat est purement réel vis-à-vis de l'associé défunt, tandis que dans le second, il est à la fois réel, sans doute, et surtout personnel.

Ainsi donc le contrat personnel sera résolu par le décès du gérant, tandis que le contrat personnel ne le sera pas par celui du bailleur de fonds, mais continuera d'obliger les héritiers du défunt.

SECTION II

FORMALITÉS DE LA DISSOLUTION

La dissolution de l'association en participation comme sa formation n'est soumise à aucune formalité particulière ; occulte et clandestine elle a été dans sa naissance, occulte et clandestine elle sera dans sa fin ; et il n'y a pas à distinguer si elle a été verbale ou littérale dans sa formation. Verbale, elle peut être dissoute par écrit ; littérale, elle peut l'être verbalement.

La dissolution de la participation, disons-nous, n'est pas soumise aux formalités de publicité prescrites par la loi pour les autres sociétés (Paris, 8 août 1870 ; D., 71, 2, 7), donc les membres d'une association en participation ne peuvent contester cette dissolution, sur le seul motif que leur retraite n'aurait pas été rendue publique (même arrêt).

Mais supposons que cette dissolution ait été publiée avec toutes les formes prescrites par la loi ; quel sera l'effet de cette publication ?

Le Tribunal de commerce de la Seine, par un jugement du 7 juillet 1842, avait décidé que l'emploi de cette formalité avait pour effet de faire perdre à l'association son caractère de participation ; mais la Cour de Paris a consacré les vrais principes par le considérant suivant :

« Considérant qu'on ne peut objecter à Dupont, « pour changer la nature de sa société, la précau- « tion surabondante qu'il a prise d'en annoncer la « dissolution par déclaration au Tribunal de com- « merce ; qu'il a d'ailleurs pris soin dans cette « circonstance de rappeler que l'association, no- « nobstant la publication qui était faite de la disso- « lution, était purement en participation.» (Paris, 9 mars 1843, D., J. G., V° *Société*, n° 1,618, 10°.)

D'ailleurs on ne comprendrait pas comment un fait postérieur à la dissolution de l'association en participation pourrait changer le caractère de cette association.

Quant à la preuve de cette dissolution, elle peut être faite par les mêmes modes que celle de la formation du contrat, livres de commerce, correspondance des parties, enfin preuve testimoniale.

SECTION III

EFFETS DE LA DISSOLUTION DE LA PARTICIPATION

Les effets de la dissolution, nous les connaissons déjà, aussi nous y renvoyons en nous contentant de les énumérer : c'est d'abord d'enlever au gérant tout pouvoir d'administration, lorsque l'affaire que les associés avaient en vue n'a pas été achevée, sauf le cas de prorogation ; et puis l'ouverture de la liquidation du compte des profits et pertes entre les coparticipants.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. — Les lois XLIV, *pro socio*, et la loi XIII, *pr. Præscr. verb.*, lib. XIX, tit. V, Dig., peuvent être conciliées.

II.— La société n'est pas, du moins en général, une personne distincte de celle des associés.

III. — L'associé qui a géré les affaires de la société est tenu de la *culpa levis in concreto* seulement.

IV. — Dans le silence du contrat de société, les parts des associés doivent être égales et non pas proportionnelles à leurs apports.

DROIT FRANÇAIS

CODE DE COMMERCE

I. — Le caractère distinctif de l'association en participation est, indépendamment de son objet, d'être occulte et de n'avoir ni capital, ni raison, ni siége social.

II. — La convention formée entre plusieurs revendeurs dans le but de mettre en commun les achats faits par chacun d'eux dans une vente publique de meubles, pour les partager après la vente, peut faire l'objet d'une association en participation.

III. — Les tiers ne sont pas en principe admis à fournir la preuve de l'association en participation.

IV. — L'association en participation ne constitue pas un être moral distinct de celui des associés.

V. — L'art. 1846 n'est pas applicable à l'association en participation.

VI. — Un participant peut, même pendant le cours de l'association en participation, demander l'établissement du compte, soit pour obtenir sa part des bénéfices réalisés, soit pour contraindre son coassocié à contribuer pour sa part aux pertes éprouvées.

VII. — Il n'y a entre les coparticipants aucune solidarité pour les engagements contractés par l'un d'eux *proprio nomine* et dans l'intérêt de la société.

CODE CIVIL

I. — Les présomptions de survie établies par les art. 721 et 722 ne peuvent être étendues à d'autres hypothèses que celles qui sont prévues par ces articles.

II. — L'héritier réservataire qui renonce à la succession ne compte pas pour le calcul de la réserve.

III. — Les changements apportés au contrat de mariage, postérieurement à la célébration du mariage, sont radicalement nuls.

IV. — La femme exerce ses reprises sur les biens de la communauté à titre de copartageante ; en conséquence, lorsqu'elle est en concours avec des créanciers du mari, elle ne peut être payée qu'après eux.

V. — Le mari ne peut exercer seul les actions immobilières et petitoires de sa femme.

VI. — La dot mobilière est aliénable.

DROIT ADMINISTRATIF

I. — La question de savoir à quel endroit finit le rivage de la mer, à l'embouchure des fleuves et rivières, est une question de fait réservée aux tribunaux administratifs.

II. — Le propriétaire dont le terrain est envahi par les eaux de la mer en perd la propriété après trente ans.

PROCÉDURE CIVILE

I. — C'est au légataire universel qu'incombe la charge de vérifier l'écriture du testament olographe qu'il invoque contre l'héritier, qu'il soit réservataire ou non.

DROIT INTERNATIONAL

Les étrangers ne jouissent en France que des droits qui leur ont été concédés expressément par une loi.

DROIT CRIMINEL

L'article 327 Code civil déroge à l'art. 4 Code d'instruction criminelle.

Vu :
Le Président de la Thèse
CAREL.

Vu :
Le Doyen,
C. DEMOLOMBE.

Permis d'imprimer :
Le Recteur,
L. LIARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

DE LA SOCIÉTÉ

Pages.

DIVISION 5

CHAPITRE Ier

Principes généraux du contrat de société. 6

CHAPITRE II

Des éléments essentiels du contrat de société et des diverses modalités qui peuvent l'affecter 8

Section I. — Du consentement. 8

Section II. — De l'apport. 12

Section III. — Du but de la société 18

Section IV. — Modalités qui peuvent affecter le contrat de société. 22

CHAPITRE III

Des diverses espèces de sociétés. 25

Section I. — De la société *totorum bonorum* 26

Section II. — De la société *universorum quæ ex quæstu veniunt.* 30

Section III. — De la société *unius rei* 31

Section IV. — De la société *alicujus negociationis* 31

Section V. — De la société *Vectigalium.* 32

Pages.

CHAPITRE IV

Des effets de la société 33

Section I. — La société constitue-t-elle une personne morale? 33

Section II. — Rapports des associés entre eux. 38

§ 1. — Droits des associés. 39

§ 2. — Devoirs des associés. 43

Section III. — Rapport des associés avec les tiers. 56

Section IV. — Effets de la société entre les associés et le croupier. 59

CHAPITRE IV

De la dissolution de la société et de ses suites 62

Section I. — De la dissolution de la société. 62

§ 1. — *Ex personis*. 62

§ 2. — *Capitis deminutione*. 65

§ 3. — *Ex rebus*. 65

§ 4. — *Ex voluntate*. 66

§ 5. — *Ex actione* 69

§ 6. — *Ex tempore*. 69

Section II. — Des suites de la dissolution de la société. . . 70

DROIT FRANÇAIS

DE L'ASSOCIATION EN PARTICIPATION. . 77

CHARITRE Ier

Historique de l'association en participation 80

CHAPITRE II

Quels sont les éléments constitutifs de l'association en participation. 93

§ 1. — L'association en participation est occulte. 111

Pages.

§ 2. — L'association en participation n'a ni capital ni siége social. 115

CHAPITRE III

Objet et forme de l'association en participation. 121

Section I. — Objet de l'association en participation. 121

Section II. — Forme de l'association en participation. . . . 129

CHAPITRE IV

Des effets de l'association en participation . . . . . .

Section I. — Relations des associés entre eux. 144

Section II. — Relations entre les tiers et les associés. . . . 159

§ 1. — Relations entre les tiers et l'associé gérant avec lequel ils ont traité 159

§ 2. — Relations entre les tiers qui ont traité avec l'associé gérant et les autres associés. 160

CHAPITRE V

Dissolution de l'association en participation 168

Section I. — Modes de dissolution de l'association en participation. 168

Section II. — Formalités de la dissolution. 171

Section III. — Effets de la dissolution 172

21434 — CAEN — TYPOGRAPHIE ET LITHOGRAPHIE DE E. VALIN, RUE AU CANU